Gewerbefreiheit
und polizeiliche Betriebsverbote

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls- Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Herbert Leibfried
Gerichtsreferendar aus Böblingen

1940

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg-Aumühle

Obmann:
Prof. Dr. Merk.

1. Berichterstatter:
Prof. Dr. Genzmer.

2. Berichterstatter:
Prof. Dr. Merk.

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Sept. 1940.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549608_0138

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil:

A. **Die Grundlagen der Gewerbefreiheit.**
I. Die Entwicklung der Gewerbefreiheit 1
II. Begriff und Bedeutung der Gewerbefreiheit 3
III. Inhalt und Umfang der Gewerbefreiheit 6

B. **Die Gewerbefreiheit nach der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869.**
I. Der Stand der Gewerbefreiheit bei der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus 9
II. Die Gewerbefreiheit und ihr Verhältnis zu den subjektiven öffentlichen Rechten 11

C. **Die Einwirkung des nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts auf die Gewerbefreiheit.**
I. Staat und Wirtschaft im nationalsozialistischen Staat 14
II. Die Gewerbefreiheit nach nationalsozialistischer Rechtsanschauung .. 15
III. Gewerbefreiheit und subjektiv-öffentliche Rechte im nationalsozialistischen Rechtsstaat 16
IV. Die Frage der Weitervergeltung der Gewerbefreiheit 18

Zweiter Teil:

A. **Gewerberecht und Polizeigewalt.**
I. Die Eingriffsmöglichkeiten der Polizei in die Gewerbefreiheit 22
II. Die geschichtliche Entwicklung der deutschen Polizei bis 1933 23

B. **Die Polizei im nationalsozialistischen Staat.**
I. Das Wesen des heutigen Staates 28
II. Das Verhältnis von Staat und Polizei und seine Bedeutung für das zukünftige Polizeirecht 31
III. Der Kampf um die Erneuerung des Polizeirechts 31
IV. Begriff und Aufgaben der Polizei nach nationalsozialistischer Rechtsanschauung 39

Dritter Teil:

A. **Polizeiliche Betriebsverbote in der Rechtsprechung der höchsten deutschen Verwaltungsgerichte.**
I. Polizei und Gewerbefreiheit 48
II. Die Entscheidungen höchster Verwaltungsgerichte über die Zulässigkeit polizeilicher Betriebsverbote 50
III. Besprechung und Auswertung der höchsten richterlichen Entscheidungen 59

Schlußbemerkung 65

Erster Teil:

A. Die Grundlagen der Gewerbefreiheit.

I. Die Entwicklung der Gewerbefreiheit.

Während des ganzen Mittelalters und bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren in Deutschland Handwerk und Gewerbe in den Zünften zusammengefaßt. Nur die zur Zunft gehörigen Meister konnten an den betreffenden Orten selbständig ihr Gewerbe ausüben. Diese weitgehende Beschränkung der Gewerbefreiheit machte den eigentlichen Inhalt des Zunftzwanges aus, auf dessen Grundlage sich das deutsche Gewerbe des Mittelalters zu so hoher Blüte entwickeln konnte.

Nach jahrhundertelangem Bestehen der Zunftverfassungen in Deutschland wurden um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts immer mehr Stimmen laut, die sich vom Zunftzwang lösen wollten. Wenn auch dieser Zwang längst nicht mehr so streng war wie im Mittelalter, so bewirkte die zunftmäßige Beschränkung von Handel und Gewerbe doch, daß Deutschland allmählich von den übrigen europäischen Staaten (z. B. England, Frankreich, Niederlande), in denen die Ausübung und Verbreitung der Gewerbe frei war, überflügelt wurde. Als Rückschlag auf die gebundene und beaufsichtigte Wirtschaft, die im Sinne der Zunftverfassung lag, verlangte man auch in Deutschland die persönliche und wirtschaftliche Freiheit, der diese Staaten ihre große Blüte verdankten. Es dauerte denn auch tatsächlich nicht lange, bis die in diesen wirtschaftlich hochstehenden Ländern, vor allem aber in England, weitverbreiteten liberalen Gedanken auf wirtschaftlichem Gebiet auch in Deutschland aufgenommen wurden und mehr und mehr an Boden gewannen. Am Anfang des 19. Jahrhunderts hatte der wirtschaftliche Liberalismus die längst überholten Zunftverfassungen schon stark erschüttert und dem Drang des Gewerbetreibenden nach gewerblicher Freiheit den Boden geebnet.

Die Entstehungszeit der Gewerbeordnung von 1845 fällt zusammen mit der Zeit des Individualismus, in der auf wirtschaftlichem

Gebiet der Liberalismus seinen Höhepunkt erreichte. Es ist das Zeitalter des Manchestertums, in dem die völlig ungebundene und individualistische Unternehmerwirtschaft sich frei und losgelöst vom Staat entwickeln konnte. Damals stand das Wirtschaftsrecht unter dem Einfluß der physiokratischen Wirtschaftslehre. Es war beherrscht vom Grundsatz des „laissez faire — laissez aller", vom Grundsatz der „Freiheit des Einzelnen", demgegenüber der Staat sich auf die notwendigste Aufrechterhaltung der Freiheit im Innern beschränken sollte. Im Sinne der liberalen Auffassung, die das Leben des Volkes in einen öffentlichen und privaten Bereich einteilte, erklärte man die Wirtschaft als typisch zum privaten Bereich gehörig. Die Folge davon war, daß man sich jegliche Einmischung in diesen privaten Bereich verbat. Nur in geringem Maße und unter ganz bestimmten Voraussetzungen waren Eingriffe möglich. Das Wirtschaftsrecht dieser Zeit war gegründet auf den liberalen Grundgedanken der freien Entfaltung der wirtschaftlichen Kräfte. Dem Staat wies sie nur die Aufgabe der Bekämpfung auftretender Gefahren für die Gesamtheit zu.

Als Ergebnis der liberalen Wirtschaftsauffassung geht die Einführung der Gewerbefreiheit zurück auf die Stein-Hardenbergschen Reformen. Diese Männer hatten eingesehen, daß man den Untertanen nicht Pflichten auferlegen konnte, ohne ihnen auch Rechte zu gewähren, wie es im absoluten Staate Friedrichs des Großen gewesen war. Ihre Reformbestrebungen hatten das Ziel, durch Abschaffung der auf Geburt, Stand und Reichtum begründeten Vorrechte neben der persönlichen auch die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu erreichen, um so das Land zu neuem Wohlstand zu bringen.

Im Zusammenhang mit der auf dieser Linie liegenden Befreiung der Bauern und der Aufhebung der feudalen Gebundenheiten steht die Einführung der Gewerbefreiheit als neuem „Freiheitsrecht". Die Gewerbeordnung von 1869 und die in ihr festgelegte Gewerbefreiheit hat als gesetzliche Vorläufer das Gewerbesteueredikt vom 2. November 1810 und das zu seiner Ergänzung erlassene Gesetz vom 7. September 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe. Das erste gesetzliche Gewerberecht wurde, allerdings nur für Preußen, durch die allgemeine Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 geschaffen.

Die beiden ersten Gesetze entstanden unter dem Einfluß des damals vorherrschenden naturrechtlichen Denkens. Die Gedankengänge der Naturrechtsschule änderten auch die Auffassung über das

Verhältnis des Einzelnen zum Staat. Der Lehre Rousseau's von der Entstehung des Staates durch Vertrag der Einzelnen und der damit verbundenen Idee der Volkssouveränität entsprachen auf wirtschaftlichem Gebiet die Bestrebungen der Physiokraten. Nach ihrer Ansicht war der Grund und Boden und dessen Bewirtschaftung die Hauptquelle des Nationalreichtums. Sie forderten eine möglichst große persönliche und wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen, damit dieser sich, losgelöst von allen gewerblichen Beschränkungen, zum Nutzen des Landes betätigen könnte. Daraus erklärt sich auch die in den oben genannten Gesetzen eingeführte, sehr weitgehende Gewerbefreiheit, die nur durch die Belange des Gemeinwohls beschränkt war. Durch die Preußische Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, das Vorbild der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869, wurde die „schrankenlose" Gewerbefreiheit, wie sie anfangs bestand, teilweise wieder eingeschränkt. Wenn der Grundsatz der Gewerbefreiheit sich trotzdem noch in der Gewerbeordnung von 1869 findet, so muß man sich darüber klar sein, daß trotz der liberalen Auffassung viele Gewerbearten in persönlicher und sachlicher Hinsicht genehmigungspflichtig waren. (Pfandleiher, Trödler, Gast- und Schankwirtsbetriebe, Hausierhandel, Handlungsreisende).

II. Begriff und Bedeutung der Gewerbefreiheit.

Die Reichsgewerbeordnung beruht auf der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, die durch Ausdehnung auf die süddeutschen Länder (Hessen, Baden, Württemberg und Bayern) zur Reichsgewerbeordnung geworden ist und am 28. Juli 1900 in neuer Fassung bekannt gemacht wurde.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit ist gesetzlich festgelegt in den §§ 1 und 143 GewO. Nach der Bestimmung des § 1 ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht die Gewerbeordnung oder spätere Reichsgesetze Ausnahmen vorschreiben oder zulassen, und nach § 143 kann die Berechtigung zum Gewerbebetrieb, abgesehen von den in den Reichsgesetzen vorgesehenen Fällen, weder durch richterliche noch administrative Entscheidung entzogen werden.

Die Gewerbefreiheit ist, wie die Gewerbeordnung selbst, ein Kind des individualistischen und liberalen Zeitalters. Sie bedeutet die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, die sich nach dem „System des freien Wettbewerbs" möglichst ungebunden entwickeln und

nur im Gesetz Schranken haben sollte. Unter „Gewerbefreiheit" verstand man, daß „jedermann die Möglichkeit haben sollte, zu einem Gewerbebetrieb zugelassen zu werden, ihn zu beginnen, fortzuführen und aufzugeben" [1]). Trotz der grundsätzlichen Anerkennung der Gewerbefreiheit hatte die Gewerbeordnung dieser „Freiheit" in Form der Polizeigewalt Schranken gesetzt. Allgemeine Erfordernisse an Befähigung und Zuverlässigkeit für die Zulassung zum Gewerbe, wie die heute z. B. im Einzelhandelsschutzgesetz als Voraussetzung bestimmte „Sachkunde" und „persönliche Zuverlässigkeit", kannte die Gewerbeordnung nicht, da ihre Beschränkungen nur polizeilicher, nicht aber wie heute, wirtschaftspolitischer Art waren. Dies hatte zur Folge, daß trotz der im Laufe der Zeit notwendig gewordenen Beschränkungen durch die Gewährung der Gewerbefreiheit ein ungeheurer Aufschwung des Gewerbes und eine starke Vermehrung der handwerksmäßigen Erzeugung ermöglicht wurde und der Zugang zu den gewerblichen Berufen immer mehr wuchs. Das Ergebnis war, daß eine der umfassendsten Umschichtungen der Bevölkerungs-, Erwerbs- und Lebensverhältnisse des Deutschen Volkes herbeigeführt wurde. Es entstand allmählich aus dem selbstbewußten und freien Handwerkerstand das Großgewerbe, das für den Staat zu einer starken wirtschaftlichen und finanziellen Stütze wurde und die Grundlage für die später erfolgte Industrialisierung Deutschlands bildete.

Die möglichst uneingeschränkte Gewerbefreiheit, wie sie die Gewerbeordnung von 1869 als ideale Wirtschaftsauffassung verkündet hatte, unterlag im Laufe der Zeit mehr oder weniger großen Änderungen und Einschränkungen. Die freie gewerbliche Betätigung des Einzelnen bedeutete nämlich nicht die Freiheit von den für alle Staatsbürger geltenden polizeilichen Schranken. Es war also so, daß die Gewerbefreiheit eigentlich nur als Grundsatz galt. Eine Gewerbefreiheit ohne Gesetzesschranken wäre in unüberwachbare Willkür ausgeartet und hätte unabsehbare Gefahren für das öffentliche Wohl und das Wohl der redlichen Gewerbetreibenden mit sich gebracht. Jeder Gewerbetreibende war deshalb bei der Ausübung seines Gewerbes den allgemeinen Polizeivorschriften zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unterworfen [2]). Die Beschränkungen dieser Art waren aber genau festgelegt und abgegrenzt. Die Polizei hatte grundsätzlich nur ein Recht zum Eingreifen, wenn der Ge-

[1]) Meßbauer, S. 8.

[2]) Bestimmungen der Sicherheits-, Feuer- und Gesundheitspolizei, RGZ. 101/290.

werbetreibende durch seinen Betrieb Gefahren für die Allgemeinheit hervorrief.

Mit der Gewerbeordnung hatte die Entwicklung der Gewerbefreiheit ihren Höhepunkt erreicht. Doch ließ der Rückschlag nicht lange auf sich warten. Man verlangte Schutz des Publikums wegen Gefährdung seiner wirtschaftlichen und sittlichen Belange, Schutz des Handwerks und der Kleingewerbetreibenden gegen die Großindustrie und Schutz des Arbeitnehmers gegen die Ausbeutung durch den Arbeitgeber. Zu den wichtigsten Änderungen, die die Gewerbeordnung von 1869 daraufhin erfahren hat, zählen die Bestimmungen, die sich mit der Hebung des Handwerkerstandes durch Förderung der Innungen, der Regelung der Lehrlingsverhältnisse und der Arbeitsverhältnisse der Arbeiter unter 21 Jahren sowie dem Arbeiterschutz befassen. Neben diesen Beschränkungen waren allmählich auch wirtschaftspolitische Maßnahmen zur Beseitigung der Schäden und Mißstände im wirtschaftlichen Leben des Liberalismus notwendig geworden. In der Gewerbeordnung von 1869 glaubte man mit polizeilichen Einschränkungen auskommen zu können. Im Laufe der Zeit hatten sich jedoch die Voraussetzungen, von denen man damals ausgegangen war, grundlegend geändert. Auf die scheinbare Blüte der Gründerjahre nach den siegreichen Kriegen von 1866 und 1870/71 folgte um das Jahr 1875 eine schwere Handels- und Gewerbekrisis. Man mußte die Erfahrung machen, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit zu Gunsten der Allgemeinheit einzuschränken ist, wenn nicht der Staat und mit ihm der Einzelne Schaden leiden sollte. Im Jahre 1879 vollzog sich dann die große Schwenkung Bismarck'scher Wirtschaftspolitik, der Übergang von Manchestertum zur Inschutznahme der Wirtschaft durch den Staat, vom Freihandel zum Zollschutzsystem. Zwischen Gewerbefreiheit und Staatsaufsicht suchte die neue Wirtschaftspolitik zu vermitteln und eine möglichst große Freiheit des Einzelnen vor Eingriffen des Staates mit den Bedürfnissen des Wohls der Allgemeinheit zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.

Durch die ungeahnte Verbreitung und Vergrößerung der Gewerbebetriebe bedingt, war eine wirtschaftspolitische Lenkung und Erfassung der gewerblichen Unternehmungen notwendig geworden. Es waren dies vor allem einschränkende Maßnahmen für Großhandel und Großindustrie und für deren Abnehmer, die durch Errichtung von Kartellen durchgeführt wurden. Diese Verbände waren in den Formen des Privatrechts aufgebaut und hatten keine öffent-

lichen Aufgaben, so daß rechtlich das Wirtschaftsleben weiterhin von dem Grundsatz des freien Wettbewerbs und der Wirtschaftsfreiheit, vor allem auch im Verhältnis der Wirtschaft zum Staat, beherrscht wurde.

III. Inhalt und Umfang der Gewerbefreiheit.

1. Sachlicher Geltungsbereich der Gewerbeordnung.

Unbestritten ist, daß der den übrigen Bestimmungen der Gewerbeordnung offensichtlich vorangestellte, aus § 1 der Gewerbeordnung sich ergebende Grundsatz der Gewerbefreiheit sich nur auf diejenigen Gewerbe bezieht, die in der Gewerbeordnung geregelt sind. Auf manche Erwerbsarten, die nach allgemeiner Ansicht „Gewerbe" sind, bezieht sich die Gewerbeordnung nicht, während sie für andere, zur Urerzeugung gehörende Gebiete, z. B. den Bergbau, eine Regelung getroffen hat.

Eigentümlich aber ist, daß im Gesetz selbst nicht bestimmt ist, was ein „Gewerbe" ist. Die allgemein anerkannte Begriffsbestimmung eines „Gewerbes" geht dahin, daß es sich um eine erlaubte, fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbständige Tätigkeit handeln muß. Damit entfallen die Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft, Garten- und Weinbau, Viehzucht) die künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit, die persönlichen Dienste höherer Art und die ausdrücklich in § 6 Gewerbeordnung genannten Gewerbe (Fischerei, Apotheken, Unterrichtswesen, Eisenbahnunternehmen). Außerdem fallen nicht unter die GewO. Veranstaltungen zu rein gemeinnützigen und anderen idealen Zwecken, da bei ihnen kein Gewinn erzielt werden soll und die Erwerbsabsicht fehlt. Auch die öffentlichen Anstalten und Monopolbetriebe unterliegen nicht der GewO., da sie öffentliche Aufgaben erfüllen und durch ihre Einrichtungen nicht zur Gewinnung von Überschüssen bestimmt sind.

2. Die „Zulassung" zum Gewerbebetrieb und die „Ausübung" des Gewerbes als Ausfluß der Gewerbefreiheit.

Die Frage, ob der in der GewO. festgelegte Grundsatz der Gewerbefreiheit dahingehend ausgelegt werden kann, daß jeder Volksgenosse das Recht hat, zu einem Gewerbebetrieb zugelassen zu wer-

den oder ob man daraus auch ein Recht für die Ausübung eines Gewerbes entnehmen kann, ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung nicht eindeutig beantwortet worden. Da zum Verständnis der späteren Ausführungen eine Stellungnahme hierzu notwendig erscheint, soll im folgenden auf diesen Fragenbereich näher eingegangen werden.

Nach allgemein herrschender Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung bezieht sich § 1 GewO. lediglich auf die „Zulassung" zum Gewerbebetrieb [3]). Demnach unterliegt die „Zulassung" nur den in der GewO. selbst vorgeschriebenen oder für die Landesgesetzgebung zugelassenen Ausnahmen und Beschränkungen. Eine weitere Begrenzung durch gewerbepolizeiliche Vorschriften ist unstatthaft. Dagegen bezieht sich § 1 GewO. nicht auf die „Ausübung" des Gewerbes. Bezüglich der Art und Weise der Ausübung ist der Gewerbetreibende sämtlichen aus Gründen des allgemeinen Wohls erforderlich werdenden Vorschriften der Sicherheits-, Feuer- und Gesundheitspolizei unterworfen. Anderer Ansicht sind Bornhak [4]) und Bühler [5]), die beide § 1 GewO. auch auf die „Ausübung" beziehen. Dieser Ansicht hat sich auch Seidler [6]) angeschlossen: „§ 1 GewO. erkennt die Gewerbefreiheit schlechthin an. Dies ergibt sich einmal aus dem ganz allgemein gehaltenen Wortlaut, sodann aus der Aufstellung zahlreicher gewerbepolizeilicher Schranken der Ausübung in der GewO." Seidler weicht von der grundsätzlichen Ansicht Bornhaks und Bühlers insoweit ab, als er „Gewerbefreiheit" nicht gleich „Polizeifreiheit" setzt: „Es ist klar, daß auch der Gewerbetreibende nicht das Privileg genießen kann, die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung stören oder andere gefährden zu dürfen. Jede Freiheit ist nur unter dem Vorbehalt gewährleistet, daß sie die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht stört." [7])

An der scharfen Trennung zwischen Zulassung und Ausübung hält auch Meßbauer [8]) mit folgender Begründung fest: „Bestimmend ist der Grad der Möglichkeit einer Schädigung der Gemeinschaft, und zwar in den drei Abschnitten Zulassung zum Betrieb, Einrichtung des Betriebs und Ausübung des Betriebs. Man kann behaup-

---

[3]) Landmann-Rohmer, Komm. z. GewO., 9. Aufl., Bd. 1, S. 67; *Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 219; RGZ. 101/290; OVG. 80/347.
[4]) Arch. f. öff. Recht, Bd. 5, S. 416.
[5]) Subjektiv öffentliche Rechte, 1914, S. 237.
[6]) S. 24 und 32.
[7]) Seidler, S. 25.
[8]) S. 8.

ten, daß die größte Gefahr einer Schädigung der Gemeinschaft bei der Ausübung vorliegt und daß deshalb die Polizei — als Organ der Staatsgewalt — in der Lage sein muß, hier eine Schädigung der Gemeinschaft zu verhindern. Die Gefahr der Schädigung bei der Einrichtung des Betriebs ist im allgemeinen schon geringer, mit der Zulassung braucht noch gar keine Gefahr verbunden zu sein, zum mindesten ist sie hier am geringsten. Deshalb hat es schon tieferen Sinn, den Grundsatz der Gewerbefreiheit lediglich auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb zu erstrecken."

Der von Bornhak, Bühler und Seidler vertretenen Ansicht kann nicht beigetreten werden. Auf Grund des Wortlautes des Gesetzes, der Rechtsprechung und des Schrifttums ist folgendes festzustellen:

1. Bei der Ausübung eines Gewerbes ist die Anordnung von Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit, die also insofern überwiegend allgemein polizeilichen Charakter haben, für zulässig zu erachten.

2. Unzulässig sind rein gewerbepolizeiliche Vorschriften, die z. B. gewisse Personen in der Ausübung eines Gewerbes beschränken oder den Wettbewerb der Gewerbetreibenden regeln wollen. Darunter fallen, weil gegen den Inhalt des Grundsatzes der Gewerbefreiheit verstoßend:

a) alle Zulassungsbeschränkungen, soweit nicht reichsrechtlich angeordnet oder für das Landesrecht zugelassen,

b) rein gewerbepolizeiliche Ausübungsbeschränkungen.

Übereinstimmend hiermit führt Österle[9]) aus: „Die Ausübung eines Gewerbes findet ihre Schranken im freien Wettbewerb, in den Rechten dritter Personen, in den öffentlichrechtlichen Befugnissen, insbesondere der Gemeinden, und in den allgemein-polizeilichen Vorschriften. Polizeimaßnahmen, die die Art der Gewerbeausübung regeln, können auch ihre Grundlage finden in allgemeinen landesrechtlichen Ermächtigungen der Polizei, zum Schutze des Allgemeinwohls das Erforderliche zu veranlassen."

Über die Zulässigkeit weiterer Polizeibeschränkungen, die mit § 1 GewO. u. U. in Widerspruch stehen, und in tatsächlichem Umfang einer Untersagung gleichkommen, sollen später in einem besonderen Abschnitt anhand der neuesten Rechtsprechung nähere Ausführungen gemacht werden.

---

[9]) „Die Polizei", 34. Jahrg., Nr. 13, S. 266.

B. Die Gewerbefreiheit nach der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869.

I. Der Stand der Gewerbefreiheit bei der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus.

Maßgebend für die Beurteilung der Gewerbefreiheit vor der nationalsozialistischen Revolution ist der Zustand des Gewerberechts im Weimarer Staat. Die Gewerbefreiheit war durch § 1 GewO. als freie Zulassung zu jedem Gewerbe gewährleistet. Dieser Grundsatz wurde dann auch in die Liste der Grundrechte der Weimarer RV. in Art. 151 Abs. 3 mit folgendem Wortlaut aufgenommen: „Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet." Doch war die Gewerbefreiheit des Weimarer Staates in vielen Punkten mit der Gewerbefreiheit, wie sie z. Z. der Entstehung der GewO. im Jahre 1869 festgelegt worden war, nicht mehr zu vergleichen. „Nach ihrer ursprünglichen Idee bedeutete die Freiheit der Wirtschaft eine prinzipiell staatsfreie und außerstaatliche Sphäre, die nur gewisse äußere Grenzen an der Staatsgewalt fand, wenn es sich um die Unterdrückung unerträglicher Mißbräuche handelte." [10]). Diese ursprüngliche Freiheitsvorstellung mit ihrer individualistischen Wertbetonung ist überwunden worden durch eine an die Notwendigkeiten des Staates gebundene Wirtschaftsauffassung.

Schon kurz nach Erlaß der GewO. ergingen Gesetze zu ihrer Änderung. Die Erlaubnispflicht wurde auf weitere Gewerbe ausgedehnt, der Hausierhandel wurde eingeschränkt, für das Handwerk eine Art von Befähigungsnachweis wieder eingeführt und die Arbeiterschutzgesetzgebung erheblich ausgebaut. Durch diese Maßnahmen wurde dem Staat mehr und mehr das Recht der Betriebsüberwachung zugestanden und der Kreis der auf der „schrankenlosen" Gewerbefreiheit von 1869 aufgebauten Betriebe immer kleiner. Die Weimarer RV. hat dem Begriff der wirtschaftlichen Freiheit die ihr ursprünglich innewohnende, gegen den Staat gerichtete Richtung genommen und sie zu einer mit den Interessen des Staates verbundenen Freiheit umgestaltet. In dieser neuen Form ist grundsätzlich die Freiheit der Wirtschaft durch die Weimarer RV. erhalten geblieben, wenn auch in der Nachkriegszeit, hervorgerufen

[10]) Huber, Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, (1931) S. 8.

durch die zerrütteten wirtschaftlichen Verhältnisse, eine Regulierung der Wirtschaftsfreiheit z. B. der Großindustrie, des Großhandels und der Kartelle und eine Einschränkung besonders der erlaubnisfreien Betriebe notwendig war.

Bis zum Jahre 1932 wurden etwa 60 Gesetze zur Änderung der GewO. von 1869 erlassen, aus denen die Wandlung der wirtschaftspolitischen und gewerberechtlichen Anschauungen und der Grundlagen der Wirtschaft selbst hervorgeht. Eine „absolute Gewerbefreiheit", wie sie ihrem Inhalt und Umfang nach bei Erlaß der GewO. annähernd noch vorhanden war, gab es im Weimarer Staat nicht mehr. Man kann aber auch nicht sagen, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit aufgehoben gewesen wäre, sondern er war nur auf den einzelnen Gebieten teils mehr, teils weniger eingeschränkt. Der Einzelne konnte seine wirtschaftliche Tätigkeit selbstverantwortlich gestalten, aber in planmäßiger und verantwortungsbewußter Ausrichtung an den Zielen des Staates. Der Staat selbst betrieb — von wenigen aber wichtigen Ausnahmen abgesehen (Eisenbahnen, Notenbank, Bergbau) — keine eigene Wirtschaft, sondern überließ dem freien Unternehmer und Arbeiter ein Stück eigener Verantwortung, um seine Selbsttätigkeit zu erhalten und zu fördern. So hatte, durch die wirtschaftliche Entwicklung Deutschlands bedingt, die Gewerbefreiheit im Weimarer Staat allmählich ihren fast unbeschränkten Sinn einer „Freiheit" verloren und sich ihr Inhalt unter dem Einfluß der Reichsgesetzgebung mehr und mehr gewandelt.

Den Zustand unserer wirtschaftlichen Verhältnisse vor 1933 hat Huber[11]) klar erkannt, wenn er sagt: „Wir haben eine Wirtschaft, deren Grundgedanke heute nicht die „freie Konkurrenz", sondern die Organisation, also nicht Freiheit, sondern planmäßige Ordnung ist". Dieser Ansicht Hubers über die Wirtschaftsverhältnisse in Deutschland ist zuzustimmen. Auch den Sinn der Gewerbefreiheit hat er mit folgenden Worten richtig ausgedrückt: „Die Wirtschaftsfreiheit, wie sie heute (im Weimarer Staat — 1931 — Erscheinungszeit der Schrift) konkret vorhanden ist, ist weder die ursprüngliche Freiheit des Liberalismus, noch die innerhalb allgemeiner Gesetze bestehende Freiheit, wie die RV. sie garantiert, sondern ist (wenigstens in den wichtigsten Fällen) die Freiheit, das zu tun, was staatliche Behörden nach gehöriger Prüfung des Einzelfalls vorzuschreiben oder zuzulassen oder zu fördern für gut befinden" [12]). Dieser

[11]) Arch. f. öff. Recht, Bd. 23, S. 39, „Bedeutungswandel der Grundrechte".
[12]) Der deutsche Staat als Wirtschaftsstaat, S. 24.

Ausrichtung nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins hat Huber den Namen „sozialen Vorbehalt" gegeben [13]).

Dieser „soziale Vorbehalt" rechtfertigt die Befugnis des Staates, das Maß der Freiheit zu bestimmen, das er seinen Untertanen gewähren will. Der Einzelne soll dadurch zu der Erkenntnis gebracht werden, daß seine Persönlichkeit und sein Tun in enger Verbindung mit dem Wohl der Allgemeinheit steht.

II. Die Gewerbefreiheit und ihr Verhältnis zu den subjektiven öffentlichen Rechten.

Der Inhalt und Aufbau des deutschen Gewerberechts ist beherrscht vom Grundsatz der Gewerbefreiheit. Dieser in der Gewerbeordnung des Nordd. Bundes von 1869 festgelegte und wörtlich in die spätere RGO. übernommene Leitsatz war auch in der Reichsverfassung von 1871 zu finden. Die Gewerbefreiheit, verfassungsmäßig gesehen, zählt, wenn man die Einteilung der Grundrechte in Schutz- und Freiheitsrechte vornimmt [14]), zu den Freiheitsrechten. Diese gehen ihrer Entstehung nach darauf zurück, daß der Untertan sich von der staatlichen Bevormundung, wie sie dem Polizeistaat eigen war, befreien wollte und daß die Eingriffe in die persönliche Freiheit des Einzelnen nach Möglichkeit beschränkt werden sollten.

Der Zweck der Grundrechte bestand darin, dem Einzelnen — unabhängig von den Interessen der Allgemeinheit — einen privaten Lebensbereich zu gewährleisten, in den der Staat in der Regel nicht eingreifen durfte. Nach Giese [15]) sollten die Grundrechte die Aufgabe erfüllen, erstens die „staatsfreie, private, individuelle, souveräne" Sphäre des Bürgers vor Eingriffen der Staatsgewalt zu sichern (Abwehrfunktion), zweitens sollten sie dem Einzelnen die Gestaltung dieses privaten Bereichs gewährleisten.

Die Bestimmung der Rechtsnatur der Gewerbefreiheit im Rahmen der Grundrechte ist abhängig von der Beurteilung des Verhältnisses zwischen Staat und Einzelnem. Geht man davon aus, daß der Staat souverän über dem Einzelnen steht, beide also nicht gleichgeordnet sind, so liegt der Schluß nahe, daß der Einzelne auch kein Recht gegen den über ihn herrschenden Staat geltend machen

---

13) Arch. f. öff. Recht, Bd. 23, S. 38.
14) Giese, Grundrechte, S. 51, 116.
15) Ebenda, S. 61.

könne. Nimmt man diesen Standpunkt ein [16]), dann sind die Grundrechte lediglich objektive Rechtssätze, „durch die früher vorhandene Einschränkungen aufgehoben und den einzelnen Staatsbürgern insoweit die natürliche, persönliche Handlungsfreiheit zurückgegeben werden soll." [17])

Was nach dieser Betrachtungsweise die Gewerbefreiheit ist, ergibt sich aus der zum Programmsatz dieser objektivrechtlichen Lehre gewordenen Begriffsbestimmung Labands [18]): „Gewerbefreiheit ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt, und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in Bezug auf die gewerbliche Tätigkeit."

Im Gegensatz hierzu vertreten eine Anzahl Schriftsteller des liberalen Zeitalters [19]) die Ansicht, daß die Grundrechte subjektiv-öffentliche (subj. öfftl.) Rechte sind und sich demzufolge die Gewerbefreiheit als ein „Recht" offenbart, auf Grund dessen der Einzelne von Seiten des Staates keine Beschränkung seiner gewerblichen Tätigkeit zu dulden braucht. Bühler hat auch noch später [20]) an dieser Ansicht ausdrücklich festgehalten: „Die umstrittene Frage, ob Gewerbefreiheit ein subj. öfftl. Recht sei, ist entschieden zu bejahen, da die Voraussetzungen eines subj. öfftl. Rechts, (nämlich) der zwingende, zum Schutz von Individualinteressen geschaffene Rechtssatz, mit dessen Hilfe sich der Einzelne ungerechtfertigter Beschränkungen soll erwehren können, unzweifelhaft vorliegen." Bemerkenswert ist, daß auch in neuerer Zeit die subjektivrechtliche Lehre immer mehr Vertreter gefunden hat. So sind nach Huber [21]) alle echten Grundrechte — unter die er auch die Gewerbefreiheit der Weimarer Verfassung zählt — subj. öfftl. Rechte, deren Inhalt darin besteht, „dem Individuum eine Sphäre der Freiheit vor Eingriffen der Staatsgewalt sicherzustellen und zu diesem Zweck einen Anspruch auf Unterlassung aller hoheitlichen Störungen der Freiheit zu gewähren". Auch Landmann [22]) hat die subj. öfftl. Rechtsnatur der Gewerbefreiheit bejaht, allerdings nur für den bereits begonnenen

---

[16]) *Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. 3, S. 207; Bornhak, Preuß. Staatsrecht, S. 295.

[17]) Ebenda.

[18]) Staatsrecht des Dt. Reichs, Bd. 3, S. 207 Anm. 1.

[19]) z. B. Bühler, Subj. öfftl. Rechte, S. 34; v. Laun, Recht zum Gewerbebetrieb, S. 198; Giese, Die Grundrechte, S. 74.

[20]) Bühler, Festgabe für Fleiner, S. 31, 38 ff.

[21]) Wirtschaftsverw. Recht, S. 74, 76.

[22]) Landmann-Rohmer, Komm. zur GewO., 9. Aufl., S. 69, 70.

Gewerbebetrieb. (Subjektiv öffentliches Recht auf Fortführung). Wenn er auch ein subj. öfftl. Recht auf Beginn eines Gewerbebetriebs nicht anerkennt, so nur deshalb, weil er auf dem Standpunkt steht, daß durch viele neuere Gesetze und Novellen zur RGO. die Befugnis eines jeden, jedes Gewerbe zu beginnen, eingeschränkt und erschwert worden ist.

Neben Köhler [23]), der ausdrücklich der Ansicht Bühlers beitritt, sind es vor allem die neueren Dissertationen [24]), die in der Gewerbefreiheit, wie sie in Art. 151 Abs. 3 RV. ausdrücklich festgelegt ist, ein subj. öfftl. Recht sehen. So schließt sich Dreyer der von Laun vertretenen Ansicht an, nach der man „den Grundsatz der Gewerbefreiheit in seiner heutigen (1930) tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltung als subjektives Recht ansprechen müsse." Zur Unterstützung seiner Ansicht beruft sich Dreyer auf den Wortlaut des § 1 GewO. und auf die Art. 111 und 151 RV. und folgert daraus: „Der Wortlaut dieser Bestimmung — „jeder hat das Recht" — und — „die Freiheit .... wird gewährleistet" — spricht dafür, daß in der neuen RV. der Grundsatz der Gewerbefreiheit als ein wichtiges Recht angesehen wird. Da zudem dieser Grundsatz ausdrücklich in zwei Artikeln unter den Schutz der Verfassung gestellt ist, wird man der besonderen Betonung seiner Wichtigkeit nur bei der Auslegung gerecht, die die rechtliche Wirkungskraft der Norm am stärksten entfaltet, d. h. als subjektives Recht." [25])

Unter Beitritt zu der oben vertretenen Ansicht der neueren Schriftsteller, die heute mehr und mehr unbestritten ist, kann man als Ergebnis feststellen, daß in der Weim. Verfassung die Gewerbefreiheit für den einzelnen Staatsbürger ein subj. öfftl. Recht war. Auf Grund dieses Rechts hatte jeder Gewerbetreibende einen Anspruch gegen den Staat auf Unterlassung und Beseitigung ungesetzlicher Einschränkungen seiner Gewerbefreiheit.

Infolge der mehr und mehr sich verflachenden Gegensätze zwischen Staat und Einzelnem war die Überordnung des Staates allmählich verschwunden. Dies mag wohl mit der Vielheit der Parteien und dem damit erfolgten Wechsel der Regierungen zusammenhängen. Auf alle Fälle ist festzustellen, daß der Einzelne eine Freiheit in möglichst großem Umfang verlangte. Das „Denken in Ansprüchen" ist bezeichnend für diese Zeit, in der die Gleichordnung

---

[23]) Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 224.
[24]) Dreyer, S. 14; Schuster, S. 41/42; Meßbauer, S. 31.
[25]) Marb. Diss., S. 13, 14.

zwischen Staat und Einzelnem an die Stelle der obrigkeitsstaatlichen Auffassung dieses Verhältnisses getreten war.

C. Die Einwirkung des nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts auf die Gewerbefreiheit.

I. Staat und Wirtschaft im nationalsozialistischen Staate.

Der nationalsozialistische Führerstaat ist aufgebaut auf dem Volke, das er in seiner Gesamtheit zu lenken und in seinem ganzen kulturellen und wirtschaftlichen Dasein zu überwachen und zu fördern bestimmt ist. In Erfüllung dieser Aufgabe ist er bestrebt, alle Lebensgebiete des Volkes und der einzelnen Volksgenossen zu erfassen und sie zu seinem Wohl und Nutzen auszugestalten. Anstelle der liberalen Trennung des menschlichen Lebens in einen privaten und einen öffentlichen Bereich hat der Nationalsozialismus den Grundsatz gesetzt, daß alles Handeln jedes einzelnen Volksgenossen der Erhaltung, Sicherung und Förderung der Volksgemeinschaft dienen soll.

So wie die nationalsozialistische Grundanschauung das Verhältnis von Volk und Staat, von Volk und Volksgenossen geändert hat, hat sich auch das Verhältnis von Staat und Wirtschaft gewandelt.

Die Wirtschaft, die man früher zum privaten Bereich zählte, und die so gewissermaßen ein eigenes Leben führte, ist nicht mehr Selbstzweck, sondern hat im heutigen Staate innerhalb der völkischen Gemeinschaft eine zweckbestimmte Aufgabe erhalten. Ihre Ein- und Unterordnung in das allgemeine Staatsleben beruht auf dem Grundsatz, daß das Einzelinteresse hinter dem Wohl des Volksganzen zurückzutreten hat. Diese Pflicht des Einzelnen, sich in die Gemeinschaft einzuordnen, hat die Freiheit seines ungebundenen Daseins abgelöst oder ihm zum mindesten einen neuen Sinn gegeben. „Die Freiheit des Einzelnen bleibt ebenso wie seine schöpferische Initiative gewahrt, aber eben nur innerhalb der Gesamtheit, nicht gegen sie. Es ist eine Freiheit i n , nicht eine Freiheit v o n der Gemeinschaft.“ [26])

Durch ihre Einordnung in das Gesamtleben des Staates wurde aus der „Einzel-Wirtschaft“ die nationalsozialistische „Gemein-Wirtschaft“, die jedoch mit einer marxistischen Verstaatlichung der Gütererzeugung nicht zu vergleichen ist. Wohl beansprucht der

[26]) Danielcik, JW. 1935, S. 329.

Nationalsozialismus eine Führung und Lenkung der Wirtschaft, wobei aber den ständischen Gliederungen und auch jedem Einzelnen innerhalb weitgezogener Grenzen die Möglichkeit freier Betätigung und Entfaltung aller Persönlichkeitswerte gegeben ist. „Führen heißt hier auf Grund oberster Verantwortung einen eigenen Willen nach einem klaren Gestaltungsbild betätigen, eine Entwicklung in positivem Sinne bewußt vorantreiben.“ [27]).

Der Staat will keine Überführung der gesamten Wirtschaft in seinen Besitz und will auch nicht selbst wirtschaften. Im Gegenteil, der Staat ist weitsichtig genug, um Wert, Bedeutung und schöpferische Kraft der privaten Initiative und des freien Wettbewerbs anzuerkennen und zu fördern [28]). In dieser Richtung gehen auch die Worte Scheuners [29]), wenn er sagt: „Der Staat gewährt der Wirtschaft durchaus einen freien Spielraum zur Entfaltung ihrer Kräfte. Aber er will den Wettbewerb zum Vorteil des Ganzen regeln und lenken, er will den schädlichen Wirkungen eines ungehemmten Wettbewerbs begegnen und die wirtschaftlichen Kräfte durch Zusammenschluß, durch planmäßige Lenkung, Aufgabenteilung und gegebenenfalls durch Beschränkung zu einem geregelten und für die Gesamtheit nützlichen Zusammenwirken bringen. Es ist ein System der staatlichen Führung und Planung der Wirtschaft, der organisierten Zusammenarbeit im Wirtschaftsleben, das heute zum Durchbruch gelangt.“

II. Die Gewerbefreiheit nach nationalsozialistischer Rechtsanschauung.

Die Grundsätze des nationalsozialistischen Staates auf militärischem und politischem Gebiet zeigen sich auch in der Wirtschaft: straffe Zusammenfassung aller Kräfte in der Hand der autoritären Führung, stärkste Anweisungsbefugnisse und Möglichkeiten jeglichen Eingriffs für den Staat da, wo das Allgemeinwohl es gebietet.

Die neue Wirtschaftsauffassung spiegelt sich deutlich wieder in den gewerberechtlichen Gesetzen, die teilweise die Bestimmungen der Gewerbeordnung ausdrücklich außer Kraft gesetzt haben. Wo dies nicht der Fall ist, sind die weitergeltenden Bestimmungen in ihrer heutigen Gültigkeit und Anwendbarkeit zu prüfen.

Wenn wir uns fragen, ob im nationalsozialistischen Staat die Gewerbefreiheit, d. h. also die freie Zulassung eines jeden Volks-

[27]) Göring, Der Vierjahresplan, Okt. 1937, S. 538.
[28]) Ebenso Rupp, RVBl. 1939, S. 654.
[29]) Dt. Verw. Bl. 1936, S. 211/12.

genossen zur Begründung und Ausübung eines Gewerbes noch besteht, so ist folgendes zu berücksichtigen:

1. Die Gewerbeordnung und damit auch die Gewerbefreiheit hat in der Zeit von ihrem Erlaß bis zum Jahre 1933 eine große Anzahl von Einschränkungen erfahren.

2. Die Wirtschaftsgesetze des nationalsozialistischen Staates haben die Gewerbefreiheit weitgehend durchbrochen und ihren Geltungsbereich noch mehr beschränkt.

3. Ausdrücklich aufgehoben sind die §§ 1 und 143 GewO. und damit der Grundsatz der Gewerbefreiheit bis heute noch nicht.

Die Gewerbefreiheit ist ein Erzeugnis vergangener Zeiten. Doch darf dies nicht dazu verleiten, heute die Gewerbefreiheit einfach als liberalistisches Gebilde abzulehnen, wenn auch unsere heutige Wirtschaftsauffassung mit dem Liberalismus in keinerlei Beziehung steht. Der neue Gehalt der Gewerbefreiheit ist geschaffen worden durch die neue Wirtschaftsauffassung, wie sie oben dargelegt wurde. Ziel und Zweck der gewerblichen Betätigung muß das Wohl des Volkes sein. Übt der Gewerbetreibende seine Betätigungsfreiheit zum Besten der Volksgemeinschaft und nicht zu seinem eigenen Nutzen aus, so erfüllt er damit die nationalsozialistische Grundforderung: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz".

In Übereinstimmung mit Punkt 10 Satz 2 des Parteiprogramms, der lautet: „Die Tätigkeit des Einzelnen darf nicht gegen die Interessen der Allgemeinheit, sondern muß im Rahmen des Gesamten und zum Nutzen aller erfolgen", kann man die Gewerbefreiheit nach nationalsozialistischer Rechtsanschauung erklären als:

Die Freiheit, sich innerhalb der völkischen Gemeinschaft zum Wohl des Volkes wirtschaftlich frei zu betätigen, aber verbunden mit der Pflicht, sein ganzes Handeln an der Ein- und Unterordnung in das gesamte deutsche Wirtschaftsleben auszurichten[30]).

III. Gewerbefreiheit und subjektive öffentliche Rechte im nationalsozialistischen Rechtsstaat.

Wenn wir so die Gewerbefreiheit auch heute noch als „Freiheit" bezeichnen, so darf sie selbstverständlich nicht als unbeschränktes Recht aufgefaßt werden. Wohl haben die subjektivöffentlichen Rechte im großen ganzen ihren alten Sinngehalt verloren, wobei

[30]) Vgl. auch Scheuner, RVBl. 1939, S. 773 a. E.

man aber nicht übersehen darf, daß ihnen eine gewisse Bedeutung auch heute noch zukommt. Denn auch im nationalsozialistischen Staat hat der Einzelne noch einen Freiheitskreis, den er gegen unberechtigte Eingriffe des Staates und auch Dritter verteidigen kann[31]). Sein Inhalt und Umfang wird bestimmt vom Gemeinschaftsgedanken und ist beeinflußt von der nationalsozialistischen Grundauffassung, daß jeder Volksgenosse in seinem gesamten Tun und Lassen sich so einzurichten hat, daß dadurch kein Schaden für Volk und Staat entsteht[32]). In gleicher Richtung geht die Ansicht von Reuß[33]): „Auch die Zubilligung von Rechten ist ein Mittel der sozialen Verpflichtung und der Indienststellung Aller für die Gemeinschaft." Während Reuß und Köhler das Vorhandensein von subj. öff. Rechten im heutigen Staat unbedingt anerkennen, wollen im Gegensatz hierzu Maunz[34]) und Koellreutter[35]) sie nur in abgeschwächter Form gelten lassen. Grundsätzlich gibt es nach der Ansicht all der angeführten Schriftsteller noch subj. öfftl. Rechte irgend einer Art, die allerdings ihre gegen den Staat gerichtete Haltung verloren haben und sich nach den Belangen des Volkes einstellen.

Scheuner[36]) faßt die Gewerbefreiheit nicht mehr als „Recht" auf und bemerkt, daß im Einklang mit Maunz[37]) subj. öfftl. Rechte mit dem heutigen Gemeinschaftsrecht nicht mehr vereinbar seien. Er sieht in der Zulassung eines jeden Volksgenossen zum Betrieb eines Gewerbes die Erlangung einer Rechtsstellung innerhalb der Gemeinschaft, die als solche Schutz genießt, die aber andererseits notwendig das Moment der Pflicht gegenüber der Gesamtheit in sich schließt.

Trotz der Verschiedenheit der Ansichten über den Inhalt der subj. öfftl. Rechte kann grundsätzlich anerkannt werden, daß die Gewerbefreiheit insofern noch als subj. öfftl. Recht besteht, als ihre Ausrichtung und Zielsetzung bestimmt wird durch den nationalsozialistischen Leitsatz: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Übernimmt der Einzelne seinen Freiheitsbereich in eigene Verantwor-

---

31) Rupp, RVBl. 1939, S. 654.
32) Köhler, S. 226.
33) JW. 1935, S. 2026.
34) Grundlagen des Verw. Rechts, S. 35: Subj. öfftl. Rechte, die aus konkreten Rechtsgebilden entfließen, welche den Inhalt und die Voraussetzung unseres Rechts bilden.
35) Allg. Staatslehre, S. 83: Ob und inwieweit die Rechtsordnung eines Staates subj. öfftl. Rechte anerkennt, ist letzten Endes eine Frage der politischen Entscheidung.
36) Dt. Verw. Bl. 1936, S. 210 ff., bes. S. 215.
37) Zeitschr. f. d. ges. Staatsrechtswiss. Bd. 96, S. 71.

tung, so ist er verpflichtet, ihn zum Wohle der Allgemeinheit zu verwalten. Der frühere Inhalt vieler subj. öfftl. Rechte, dem einzelnen „um seines Vorteils willen" einen Freiheitskreis zu gewähren, und ihm einen subjektiven Willkürbereich einzuräumen, ist verloren gegangen. An seine Stelle ist die Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Gemeinwohl getreten, die heute allen Berechtigungen des einzelnen Volksgenossen innewohnt. Die grundlegende Formulierung hat das Thür. OVG. in seiner Entscheidung vom 4. März 1936 [38]) gegeben: „Auch der Grundsatz der Gewerbefreiheit findet in der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft seine Grenze an der Pflicht zur Rücksicht auf das Volksganze und seine Lebensgüter. Nicht entziehbare „Grundrechte" des Einzelnen kennt das heutige Recht nicht mehr."

In Übereinstimmung mit Meßbauer [39]) ist bezüglich der Rechtsnatur und des Inhalts der subj. öfftl. Rechte im heutigen Staat als Ergebnis folgendes festzustellen:

Man kann heute die Gewerbefreiheit insoweit noch als subj. öfftl. Recht erachten, als der Einzelne als Treuhänder der Volksgemeinschaft seinen Freiheitsbereich verwaltet, den er gegen willkürliche Maßnahmen der Verwaltungsbehörden zu wahren hat.

IV. Die Frage der Weitergeltung der Gewerbefreiheit.

Versteht man die Gewerbefreiheit in dem oben dargelegten Sinn, so kann es keinen Zweifel geben, daß sie als Grundsatz der freien Zulassung eines jeden zum Gewerbe auch im nationalsozialistischen Staat anzuerkennen ist. Es kann ruhig zugegeben werden, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit durch die neue Wirtschaftsgesetzgebung langsam aber sicher dem Verfall preisgegeben ist. Ihr Ziel ist, wie Landmann-Rohmer [40]) es ausdrückt: „Eine Planwirtschaft unter staatlicher Leitung auf der Grundlage einer körperschaftlichen Ordnung, Selbstverwaltung der Berufe, straffe Beaufsichtigung und Leitung der Marktregelungsverbände (Kartelle, Zwangskartelle, wirtschaftliche Zusammenschlüsse des Reichsnährstands)."

Die Richtung und die Ziele dieser neuen Wirtschaftsordnung werden am besten durch folgende nationalsozialistische Wirtschaftsgesetze erkennbar:

[38]) RVBl. 1936, S. 316.
[39]) S. 31.
[40]) Komm. zur GewO. 9. Aufl. Bd. 1 Anm. 8 zu § 1.

1. Das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels vom 12. 5. 1933 in der Fassung der Gesetze vom 15. 7. 1933, vom 27. 6. 1934, vom 12. 12. 1934 und vom 9. 5. 1935, sieht neben dem allgemeinen gesetzlichen Errichtungsverbot des § 2 in § 7 Abs. 1 Satz 2 die Schließung selbständiger Handwerksbetriebe in Warenhäusern und drgl. durch Verordnung der Reichsregierung vor und überträgt in § 7 Abs. 2 Satz 2 die Zulassung von Ausnahmen von dem allgemeinen Betriebsverbot für Schankwirtschaften dem Reichswirtschaftsminister.

2. Das Gesetz über Errichtung von Zwangskartellen vom 15. 7. 1933 ermächtigt den Reichswirtschaftsminister und den Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft Unternehmungen zum Zwecke der Marktregelung zusammenzuschließen (§§ 1, 9) und die Errichtung neuer Unternehmen sowie die Erweiterung des Geschäftsbetriebs oder der Leistungsfähigkeit bestehender Unternehmungen für eine bestimmte Zeit zu untersagen oder von seiner Einwilligung abhängig zu machen.

3. Die auf Grund des Reichskulturkammergesetzes vom 22. Sept. 1933 ergangene Erste Durchführungsverordnung vom 1. Nov. 1933 ermächtigt die dem Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda als Präsidenten (§ 11) unterstehende Reichskulturkammer und die Einzelkammern u. a. dazu, „Bedingungen für den Betrieb, die Eröffnung und die Schließung von Unternehmungen auf dem Gebiet ihrer Zuständigkeit festzusetzen" (§ 25).

4. Das Gesetz über den vorläufigen Aufbau des Handwerks vom 29. Nov. 1933 mit Verordnung vom 18. Jan. 1935, geändert durch VO. vom 22. Juni 1936, verleiht dem Reichswirtschaftsminister die Befugnis „über den Aufbau des deutschen Handwerks eine vorläufige Regelung auf der Grundlage allgemeiner Pflichtinnungen und des Führergrundsatzes zu treffen."[41]) (§ 1)

5. Das Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft vom 27. Febr. 1934 ermächtigt den Reichswirtschaftsminister, Wirtschaftsverbände anzuerkennen, zu errichten, aufzulösen, zu vereinigen, ihre Satzungen und Gesellschaftsverträge zu ändern und zu ergänzen, Führer zu bestellen und abzuberufen, sowie Unternehmer und Unternehmungen an Wirtschaftsverbände anzuschließen (§ 1).

6. Das Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. Dez. 1934 in der Neufassung des Gesetzes vom 6. Dez. 1937

---

[41]) Zweite VO. vom 18. Jan. 1935.

regelt die Frage der Genehmigung für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen in Straßenbahnen und Kraftfahrzeugen neu und überträgt die Bestimmung der für die Genehmigung zuständigen Behörde dem Reichsverkehrsminister (§ 8), der in seiner Anordnung vom 6. Dez. 1937 je nach der Art des beabsichtigten Verkehrs entweder die höhere Verwaltungs- oder die Polizeibehörde betraut hat.

7. Das Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. Dez. 1935 unterstellt die gesamte Energieversorgung der Aufsicht des Reiches, die durch den Reichswirtschaftsminister ausgeübt wird (§ 1).

Diese und andere Wirtschaftsgesetze des nationalsozialistischen Staates haben zur Folge, daß das gewerberechtliche System der Gewerbefreiheit in der GewO. allmählich durch eine „Wirtschaftsordnung" abgelöst wird. Bezeichnend hierfür ist, daß in steigendem Maße der Grundsatz der Gewerbefreiheit zurückgedrängt wurde und immer mehr die Voraussetzungen der Sachkunde und der persönlichen Zuverlässigkeit als allgemeine Erfordernisse für die Zulassung zum Gewerbebetrieb in den Vordergrund getreten sind. Die gesetzlichen Maßnahmen, die diese Entwicklung eingeleitet haben und sie auch weitertreiben, haben den Grundsatz der Gewerbefreiheit „formal noch unberührt gelassen, innerlich aber ausgehöhlt" [42]).

In Übereinstimmung mit Oeschey[43]) und Danielcik[44]) führt Meßbauer[45]) aus: „Die Gewerbefreiheit als Norm steht mit der nationalsozialistischen Staats- und Wirtschaftsführung nicht im Widerspruch. Die Gewerbefreiheit besteht noch (Oeschey, S. 7). Sie besteht aber nicht selbstherrlich, sondern eingeordnet in das Leben der Gemeinschaft. Sie ist ihrer Absolutheit entkleidet (Tatarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht, S. 149). Sie ist nur noch relativ, d. h. in engster Beziehung zur Volksgemeinschaft vorstellbar." Ebenso bemerkt Michel[46]): „Auch der nationalsozialistische Staat anerkennt die eigenen Lebensgesetze der Wirtschaft und räumt dem einzelnen Betrieb, Unternehmer und Gewerbetreibenden das Recht ein, sich nach seinen eigenen wirtschaftlichen Lebensgesetzen in eigener Willensbildung frei zu entwickeln und zu gestalten, solange er dabei innerhalb der aus der Verbundenheit mit Staat und Volk, also innerhalb der aus der übergeordneten Gemeinschaft sich erge-

---

[42]) Landmann-Rohmer, Komm. zur GewO. 9. Aufl. 1. Bd. S. 68.
[43]) S. 5. Über Gewerbefreiheit in der Rspr. des 3. Reiches, 1934.
[44]) JW. 1935, S. 328 ff.
[45]) S. 25.
[46]) ZAkDR 1937, S. 736.

benden Bindungen bleibt. In diesem veränderten und wesentlich engeren Raum hat der Grundsatz der Gewerbefreiheit auch heute noch praktische Bedeutung."

Diese im Schrifttum allgemein vertretene Ansicht hat auch die Rechtsprechung bestätigt. Das Thür. OVG. [47]) hat in seinem grundlegenden Urteil vom 4. März 1936 ausgeführt, daß dem Grundsatz der Gewerbefreiheit durch den Wandel der Lebens- und Rechtsanschauungen des Nationalsozialismus eine entsprechende veränderte Bedeutung zukommt. Die in dieser Entscheidung gegebene Begriffsbestimmung der Gewerbefreiheit soll, da sie im Schrifttum häufig angeführt und besprochen wurde, und uns später wieder begegnen wird, hier wörtlich angeführt werden: „Der Grundsatz der Gewerbefreiheit stellt sich nach heutiger Anschauung als eine mit Pflichten verbundene Rechtsstellung des Gewerbetreibenden in der Gemeinschaft dar. Sie findet ihre Begrenzung und Ausrichtung in der Pflicht zur Einfügung in die Gesamtordnung des deutschen Wirtschaftslebens."

[47]) RVBl. 1936, S. 316.

Zweiter Teil:

A. Gewerberecht und Polizeigewalt.

I. Die Eingriffsmöglichkeiten der Polizei in die Gewerbefreiheit.

Die GewO. von 1869 und auch die spätere RGO. ist aufgebaut auf der Grundlage der Gewerbefreiheit. Diese „Freiheit" der gewerblichen Betätigung bedeutete, daß die Errichtung und Führung eines Gewerbebetriebs ohne jegliche polizeiliche Beschränkung und staatliche Aufsicht möglich sein sollte. Neben dem Grundsatz der Gewerbefreiheit blieb in der GewO. nur für solche Rechtsvorschriften Raum, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit gegenüber der Wirtschaft und ihren Betrieben nötig war. Es waren also nur Beschränkungen zur Abwehr dringender Gefahren. Mit dieser Einschränkung und der Zielsetzung auf die Gefahrenabwehr ist das gesamte Gewerberecht als „Gewerbepolizeirecht" [1]) gekennzeichnet.

Die Befugnis zur Beschränkung der gewerblichen Betätigungsfreiheit (§ 143 Abs. 1 GewO.) ist in jeder Richtung dem Gesetzgeber vorbehalten und anderen Stellen, insbesondere der Verwaltung, entzogen. Die in der GewO. grundsätzlich festgelegte Befreiung von den staatlichen Eingriffsmöglichkeiten ist aber nicht dahingehend zu verstehen, daß für den Gewerbetreibenden die für alle Volksgenossen geltenden polizeilichen Schranken nicht vorhanden gewesen wären. Die Polizei hatte tatsächlich auch im Gewerberecht auf Grund allgemein-polizeilicher Bestimmungen zum Schutz von öffentlicher Sicherheit und Ordnung die Möglichkeit, die Ausübung eines Gewerbebetriebs zu beschränken, wenn durch den Betrieb Gefahren für die Allgemeinheit entstehen konnten. Manchmal konnten sich allerdings diese allgemein-polizeilichen Maßnahmen in ihrer tatsächlichen Auswirkung als Eingriffe in den Gewerbebetrieb erweisen. Sie hatten dann aber meistens nicht den Zweck, besonders

[1]) ZAkDR 1935, S. 735 ff.

die gewerbliche Tätigkeit zu regeln, sondern sie galten für alle anderen Personen und damit auch für Gewerbetreibende. (Anordnungen der Feuer-, Sicherheits- und Gesundheitspolizei).

Die durch die nationalsozialistische Gesetzgebung auf wirtschaftlichem Gebiet hervorgerufene neue Wirtschaftsauffassung hat mehr und mehr an die Stelle des Systems der „Gewerbefreiheit" das System einer „gebundenen Wirtschaft" gesetzt. Dabei ist unter „gebundener Wirtschaft" nicht schlechthin eine dem Idealbild des wirtschaftspolitischen Programms der NSDAP. entsprechende Ordnung der deutschen Volkswirtschaft zu verstehen. Unter „gebundener Wirtschaft" darf vielmehr lediglich der bisher verwirklichte Teil dieses Programms verstanden werden [2]). Von dieser grundsätzlichen Wandlung wurde auch das Verhältnis von Gewerbefreiheit und Polizei erfaßt und auf neue Grundlagen gestellt. In verschiedenen Entscheidungen höchster Verwaltungsgerichte (Thür. OVG. vom 4. 3. 36, Sächs. OVG. vom 23. 10. 36, Preuß. OVG. vom 8. 10. 36) und auch des RG. vom 28. 4. 36. ist die Frage nach den Aufgaben der Polizei des nationalsozialistischen Staates im wirtschaftlichen Leben, besonders im Gewerberecht, aufgeworfen und infolge unterschiedlicher — teils engerer, teils weiterer — Auffassung vom Aufgabenbereich der Polizei jeweils verschieden beantwortet worden [3]).

Die nationalsozialistische Grundauffassung von Staat und Wirtschaft hat nicht nur den Begriff der Gewerbefreiheit, sondern auch die staatsrechtliche Stellung der Polizei in ihrem Verhältnis zum Gewerberecht verändert, die ihr gestellten Aufgaben umgestaltet und für sie eine neue Grundlage geschaffen. Um die späteren Untersuchungen über die Polizei im nationalsozialistischen Staat und ihr Verhältnis zum Grundsatz der Gewerbefreiheit, wie er in dem durch die gewerberechtliche Gesetzgebung beschränkten Umfang heute noch gilt, besser verstehen zu können, ist ein Überblick über die Entwicklung der Polizei bis zum Jahre 1933 notwendig.

II. Die geschichtliche Entwicklung der deutschen Polizei bis 1933 [4]).

Das Wort „Polizei" hat in der langen Zeit, seit es gebraucht wird, einen so großen Bedeutungswandel mitgemacht, daß es unmöglich ist, die mannigfachen polizeilichen Aufgaben eingehend zu

[2]) Kölble, JW. 1938, S. 2182.
[3]) Vgl. die eingehende Besprechung der Entsch. im dritten Teil der Arbeit.
[4]) Schmidt, Arch. f. Polizeiwesen 1937, Heft 3, S. 61 ff. und Heft 4, S. 85 ff.

schildern und sie auf eine Formel zu bringen. In jedem Staat und innerhalb jeder Verfassung verstand man unter „Polizei" immer wieder etwas anderes. Zum besseren Verständnis der geschichtlichen Zusammenhänge ist es aber unbedingt notwendig, in kurzen Umrissen den Bedeutungswandel der Polizei in den einzelnen Staatsformen aufzuzeigen.

Den Ausgangspunkt unserer Betrachtung soll die Zeit sein, in der zur Durchführung des „Ewigen Landfriedens von 1495" zwei wichtige und grundlegende Gesetze ergangen sind: Der Reichsabschied von 1530 und die Reichspolizeiordnung aus dem gleichen Jahre.

Wohl hat es schon in frühester Zeit eine „Polizei" gegeben, aber das Polizeiwesen sowohl des Altertums, wie auch die Städtepolizei des Mittelalters stehen in keiner Beziehung zu der staatlichen Tätigkeit, die man später „Polizei" nannte. Grundlage und Ursprung für das jahrhundertelang geltende Recht der Polizei sind die beiden obengenannten Gesetze. Nach dem Ausdruck der „Reichs"polizeiordnung zu schließen, sollte grundsätzlich das Reich selbst die Polizeigewalt ausüben. Tatsächlich war dies jedoch nicht der Fall, weil die erstarkenden Territorien mehr und mehr ihre eigene Landespolizei ausbauten. Das Reich gab die Anordnungen, aber die Durchführung überließ es den Ländern, die dadurch eine außerordentliche Erweiterung ihrer Machtbefugnisse erreichten.

In den Händen der dadurch in ihrer unumschränkten Gewalt gestärkten Landesherren wurde die Polizeigewalt nicht ihrem eigentlichen Zweck entsprechend zur Regelung der staatlichen Verhältnisse verwendet, sondern sie wurde im Laufe der Zeit zu einem „Generaltitel", auf Grund dessen man das ganze Leben des Staatsbürgers regeln und überwachen konnte. Die vollziehende Gewalt, die „Polizey", war uneingeschränkt befugt, in das Leben und den Rechtsbereich des Untertanen einzugreifen. Unter „Polizey" faßte man ohne feste Begrenzung die gesamte Tätigkeit des Staates im Innern des Reiches und des Landes zusammen. Diese notwendig zur Willkür führende Handhabung der Polizei fand ihre Grenzen in der Sorge für die Wohlfahrt des Staates und des Einzelnen. Diese zu fördern und zu schützen, war Sache der Polizei. Der Einzelne war Untertan und nur der Wille der Staatsgewalt, d. h. also des Landesherrn, war maßgebend. Die Aufgabe der Polizei bestand allmählich nicht mehr so sehr in der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, sondern in steigendem Maße in der wirtschaftlichen und geistigen Fürsorge für die Glückseligkeit und

das Wohlergehen der Staatsbürger (Eudämonismus). Damit war die Polizei über ihre eigentliche Aufgabe, für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu sorgen, hinausgewachsen und befaßte sich mehr und mehr mit der Regelung und Überwachung des gesamten bürgerlichen Lebens. Diese Verlagerung der polizeilichen Tätigkeit gab dem Staat die Möglichkeit, unter dem Vorwand der Fürsorge alles und jedes zu regeln und sowohl für das seelische wie das irdische Heil der Staatsbürger zu sorgen.

Diese Einstellung führte allmählich zu einer unguten Überspitzung und einer nicht mehr dem eigentlichen Zweck des Polizeibegriffs entsprechenden Ausweitung, besonders auch auf wirtschaftlichem Gebiet. Viele der damals ergangenen Vorschriften zur „Glückseligkeitsförderung" verstehen wir erst dann, wenn wir uns vor Augen halten, daß Deutschland damals wirtschaftspolitisch nach dem „Merkantil-System" lebte, man also darauf ausging, möglichst viel Geld aus dem Ausland hereinzubekommen und möglichst wenig hinausgehen zu lassen.

Am Ende des 18. Jahrhunderts war der Polizeizweck mit dem Staatszweck identisch geworden (Polizeistaat). Die „Polizei" war in dieser Zeit gleichbedeutend mit der inneren Verwaltung und umfaßte alle Gebiete außer Justiz, Finanzen, Heer und auswärtigen Angelegenheiten. Im „absoluten Fürstenstaat" mußte dies natürlich für verantwortungslose Fürsten zu einer Willkürherrschaft ohnegleichen führen, weshalb auch der Rückschlag auf den „Wohlfahrtsstaat" unter dem Einfluß der Aufklärungswissenschaft und der Philosophie nicht ausblieb. Von den Gelehrten jener Zeit war es vor allem Kant, der an die Stelle des Grundsatzes von der „Glückseligkeit und Wohlfahrt des Einzelnen" das „Recht" setzte. Es vollzog sich der Übergang vom „Polizeistaat" zum „Rechtsstaat", dessen oberster Grundsatz der von der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" wurde und in dem die Polizei nur eingreifen konnte, wenn sie eine gesetzliche Grundlage für ihre Tätigkeit nachweisen konnte.

Auf wirtschaftlichem Gebiet wurde die Abkehr vom „Wohlfahrtsstaat" unterstützt durch die auf der „Freiheit des Einzelnen" beruhenden, von Rousseau philosophisch unterbauten physiokratischen Wirtschaftsauffassung, nach der der Einzelne und damit auch der Staat nur durch Besitz von Grund und Boden und dessen Bewirtschaftung zu höchstem Wohlstand kommen konnte. Dem Einfluß der individualistischen Bestrebungen entsprechend bekam der Untertan eine immer freiere Stellung dem Staat gegenüber, was zu einer starken Einschränkung des Polizeibegriffs und des polizei-

lichen Aufgabenkreises führte. In dem von liberalen Gedanken bestimmten Staat bestand die Aufgabe der Polizei eigentlich nur mehr in der Sicherung des Einzelnen und seiner Rechtsstellung gegenüber dem Staat. Die von dem Rechtslehrer Pütter zuerst in seiner Schrift: „Institutiones iuris publici germani" festgelegte Beschränkung der polizeilichen Tätigkeit auf die „Gefahrenabwehr"[5]) ist im Jahre 1794 im ALR. zum ersten Mal für Preußen gesetzlich geregelt worden.

§ 10 II 17 ALR. lautet: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey".

Für die damalige Zeit war Preußen das einzige Land geblieben, in dem die Aufgaben der Polizei durch Gesetz festgelegt waren. In allen übrigen Ländern wurde der gefahrenabwehrende Sinn der Polizei in das Verwaltungsrecht übernommen und ist, wie z. B. in Württemberg und Sachsen, in dieser Fassung bis heute erhalten.

Zur Zeit der Restauration wurde der Boden der landrechtlichen Festlegung des Amtes der Polizei verlassen, und an ihrer Stelle wurden „Kabinettsordres" erlassen, die die Aufgabe hatten, die Ruhe unter den Bürgern herzustellen. Diese von Fall zu Fall erlassenen Gesetze sollten dazu dienen, die durch die vielen Kriege ins Wanken geratene Staatsordnung sicherzustellen. Der wohlfahrtspolizeiliche Gedanke der Polizei z. Z. der Restauration wurde aber etwa in der Mitte des 19. Jahrhunderts durch die mehr nach Sicherheit und Ordnung ausgerichtete Polizei abgelöst. (Sicherheitspolizei). Der Staat sollte seine Zwangsgewalt nicht für positive Ziele, nicht für Wohlfahrt fördernde Zwecke einsetzen, sondern nur, soweit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung drohte. Der Übergang von der Wohlfahrtspolizei zur Sicherheitspolizei war dann in der „Kreuzberg-Entscheidung" des Preuß. OVG. vom Jahre 1882 durch höchstrichterliche Rechtsprechung anerkannt worden. Auf Grund des Urteils ist folgendes festzustellen: 1. Das OVG. steht auf dem Standpunkt der reinen Gefahrenabwehr, d. h. seine Meinung geht dahin, daß die Polizei — von Sondergesetzen abgesehen — einzig und allein die Aufgabe hat, Gefahren abzuwehren und 2. daß seiner Ansicht nach sich nur diese Aufgabe und keine andere aus § 10 II 17 ergibt. Aus den in diesem Urteil festgelegten

[5]) Lauer, Die Polizei im nat. soz. Staat, S. 10.

Grundsätzen ist zu entnehmen, daß die neuen liberalen Anschauungen im Polizeirecht zur Geltung gebracht und dabei die längst in Vergessenheit geratenen Grundgedanken des § 10 II 17 ALR. wieder in die Praxis der Verwaltungsgerichte aufgenommen wurden. Es war damit der endgültige Sieg des liberalen Denkens über den absolutistischen Polizeibegriff und die rechtsstaatliche Auffassung, die jede Wohlfahrtspolizei als eine unerträgliche Bevormundung ablehnte, endgültig durchgesetzt[6]).

Im liberalen Zeitalter bestand für den Einzelnen ein Gebiet, das für den Staat und besonders für sein ausführendes Organ, die Polizei, unangreifbar war. Hierzu gehörten vor allem die Grundrechte, besonders Freiheit und Eigentum. Sie waren ein Gebiet, in dem die Tätigkeit der Polizei stark eingeschränkt war und in das sie nur im Rahmen der geltenden Gesetze eingreifen konnte. Es ist ein Wesensmerkmal des liberalen Rechtsstaats, daß er auf Grund seiner individualistischen Einstellung das Einzel - Interesse vor das Allgemein-Interesse setzte, indem man dem Einzelnen einen möglichst weitgehenden Schutz gegen Eingriffe der Staatsgewalt gewährte.

Die Beschränkung der Tätigkeit der Polizei auf Gefahrenabwehr und der Ausschluß der Wohlfahrtspflege ist auch in dem an die Stelle des ALR. getretenen „Preuß. Polizeiverwaltungsgesetz" vom 1. Juni 1931 (PVG.) aufrecht erhalten worden. Es wird dort in § 14 der allgemeine Aufgabenkreis der Polizei folgendermaßen umschrieben: „Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird." Damit ist in Preußen gesetzlich ein allgemein gültiger Grundsatz des Polizeirechts, den wir auch in den Polizeigesetzen der anderen Länder finden, festgelegt worden. Er stimmt überein mit den Bestimmungen der Thür. LVO. vom 10. 6. 1926, wo § 32 lautet: „Die Verwaltung hat als Polizei die Aufgabe, der Gesamtheit oder dem Einzelnen bevorstehende Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Ruhe, Sicherheit oder Ordnung gestört wird" (ähnlich § 30 Abs. 1 des Bad. Polizeistrafgesetzbuches vom 25. 7. 1923).

Der gleiche Grundsatz findet sich auch im Polizeirecht aller übrigen Länder, wo ebenfalls die wesentliche Aufgabe der Polizei

---

[6]) Schmidt, Arch. f. Polizeiwesen 1937, Heft 3, S. 61 ff.

in der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestand. Wo es — wie in Württemberg und Sachsen — nicht zu einer gesetzlichen Bestimmung der polizeilichen Tätigkeit kam, ist diese dem Umfang und Inhalt nach auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage geregelt. Im Unterschied zu Norddeutschland, wo der polizeiliche Tätigkeitsbereich durch eine allgemeine Formel festgelegt ist, („Generalermächtigungen" oder „Allgemeinermächtigungen" wie sie Köhler nennt) findet sich in den Polizeigesetzen mancher süddeutscher Länder (z. B. Württemberg) eine Einzelaufzählung der polizeilichen Pflichten und Eingriffsmöglichkeiten („Spezialermächtigungen"). Obwohl dies, wie Köhler richtig bemerkt, zur Folge hat, „daß sich der Begriff der Polizei im landesrechtlichen Gewohnheitsrecht nicht durchaus mit der einengenden Schärfe und Genauigkeit abgrenzt, wie im preuß. Recht" [7]), wurde diese Regelung bis auf den heutigen Tag beibehalten. Wie das Recht der Polizei z. B. in Württemberg geregelt ist, geht aus einer Entscheidung des Württ. Verwaltungsgerichtshofs vom 23. 12. 1929 [8]) hervor, in der es heißt: „In Württemberg war stets als Rechtszustand anerkannt, daß den Polizeibehörden kraft der in der allgemeinen Staatsgewalt enthaltenen Polizeigewalt das Recht zusteht, in dem ihrer Fürsorge anvertrauten Bereich der öffentlichen Verwaltung und innerhalb der durch die Reichs- und Landesgesetzgebung gezogenen Grenzen die unumgänglich notwendige Ordnung im Gemeinwesen entsprechend dem Bedürfnis der Bevölkerung gegen drohende Gefahren zu schützen und hierbei, soweit es zur Abwendung solcher Gefahren für das öffentliche Wohl notwendig ist, die persönliche Handlungsfreiheit des Einzelnen und die Ausübung seiner Rechte zu beschränken. Dieser Rechtssatz, der sich übrigens schon aus der Aufgabe der Polizeigewalt zur Wahrung des öffentlichen Wohls ergibt, hat in Württemberg gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt."

B. Die Polizei im nationalsozialistischen Staat.

I. Das Wesen des heutigen Staates.

„Der Nationalsozialismus hat weder im Individuum noch in der Menschheit den Ausgangspunkt seiner Betrachtungen, seiner Stellungnahme und Entschlüsse. Er rückt bewußt in den Mittelpunkt seines ganzen Denkens das Volk. Das einzelne Individuum

[7]) Köhler, Grundlagen des Dt. Verwaltungsrechts (1935), S. 330, 331.
[8]) Württ. Zeitschr. f. Verw. u. Rechtspfl. 1930, S. 57.

ist vergänglich, das Volk ist bleibend."[9]) Diese Worte des Führers sind maßgebend für das nationalsozialistische Staatsrecht.

Die Grundlage des heutigen Staates ist das Volk. Das Volk als organisierte Gemeinschaft ist Träger der Staatsidee und Ausgangspunkt für das Recht, an dem sein ganzes Tun und Lassen seine Ausrichtung findet. Dieser alles gestaltende Rechtsgedanke bringt uns zu der Erkenntnis, daß „der nationalsozialistische Staat begriffsnotwendig ein Rechtsstaat ist, d. h. ein Staat, dessen Tätigwerden von einem Rahmen bestimmter Rechtsnormen umschrieben ist."[10]) Der nationalsozialistische Rechtsstaat ist ein Staatswesen, dem das Recht wesensgemäß angehört und in dem Rechtswert und Rechtsidee eine beherrschende Rolle spielen. Rechtsidee und Staatsidee sind im heutigen Rechtsstaat aufs engste miteinander verbunden, da das Volk die entscheidende politische Größe im Staate ist und sich beide, Rechtsidee und Staatsidee, auf die Volksgemeinschaft als gemeinsame Quelle zurückführen. Sinn und Wesen des Rechtsstaats ergeben sich aus dem Zusammenhang von Recht und Staat, aus der ihnen zu Grunde liegenden Rechtsidee und aus der nationalsozialistischen Weltanschauung.

An die Stelle des „Gesetzes", wie es der liberale Rechtsstaat von seiner individualistischen Grundlage aus aufgefaßt hatte, ist im heutigen Staat der Wille des Führers getreten. Die heutigen Gesetze sind der unmittelbare Ausdruck des Führerwillens, das in die Form der Gesetzgebung gekleidete politische Wollen der Staatsführung. Das „Gesetz" hat seine frühere Bedeutung als staatsbegründendes Element verloren und ist heute nur noch eine Form und ein Mittel der Führung. Das Gesetz ist Führerwille in feierlichster Form. (vgl. § 4 Abs. 2, § 7 Abs. 1, 2, 3 des Deutschen Beamtengesetzes.) Die Durchführung der Gesetze ist die Verwirklichung der politischen Ziele des Führers in allen Einzelheiten. Sofern Gesetze aus früherer Zeit stammen, sollen sie nur angewendet werden, wenn sie der heutigen Auffassung vom Recht und dem Willen des Führers nicht widersprechen. Für ihre Auslegung ist allein maßgebend die politische Weltanschauung des Nationalsozialismus. Die Ideen und das Wollen des Führers sind in der Volksgemeinschaft als der organisch aufgebauten Form des Volkes begründet. Das Verhältnis von Gesetz und Führerwillen ist bestimmt von der heute geltenden Staatsauffassung. Der nationalsozialistische Staat ist ein Gesetzesstaat, in dem aber die Gesetze dem Willen des Führers gleich-

[9]) Der Führer am Erntetag auf dem Bückeberg, 1933.
[10]) Lauer, S. 5/6.

gestellt sind. Er ist ein Führerstaat, in dem das Führer-Gefolgschaftsverhältnis mit seiner unter sich engen, persönlichen Verbindung an die Stelle des Staat-Einzelpersönlichkeitsverhältnisses des Liberalismus getreten ist. Während im liberalen Rechtsstaat eine Reihe unpersönlicher Gesetze die Rechtsbeziehungen unter den Staatsbürgern regelten, sind im nationalsozialistischen Staat die durch den Führer geschaffenen Gesetze entscheidend. Die individualistische Auffassung von einem möglichst großen und freien Persönlichkeitsbereich, wie sie dem liberalen Zeitalter eigen war, ist dem nationalsozialistischen Staat fremd. Er hat der Volksgemeinschaft den unbedingten Vorrang vor der individuellen Freiheit verschafft und dadurch die Ziele des Einzelnen denen des gesamten Volkes gleichgesetzt. Der Nationalsozialismus durchdringt mit seiner Weltanschauung alle Gebiete des menschlichen Lebens, und der nationalsozialistische Staat nimmt für sich das Recht in Anspruch, im gesamten öffentlichen und privaten Leben seine Staatsgewalt im Interesse der staatlichen Zwecke zu betätigen. Da er aber hierbei an die vom Führerwillen bestimmten Gesetze gebunden ist, unterscheidet er sich dadurch als „Rechtsstaat" vom „Polizeistaat" früherer Zeiten. Hamel hat das Verhältnis vom Führerstaat und Gesetzesstaat mit folgenden Worten ausgedrückt: „Der Führerstaat fordert nicht nur Gehorsam gegenüber dem Gesetz, sondern Treue, d. h. Einswerden mit der Person und der Tat des Führers."[11])

So wie sich die Grundlagen und Aufbauelemente des Staates gewandelt haben, hat sich auch der Zweck des Staates grundlegend geändert. „Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen."[12]) Aufgebaut auf dieser rassischen Bedingtheit ist „der Staat ein lebendiger Organismus eines Volkstums, der die Erhaltung dieses Volkstums nicht nur sichert, sondern es auch durch Weiterbildung seiner geistigen und ideellen Fähigkeiten zur höchsten Freiheit führt."[13])

Die oben entwickelte Auffassung vom nationalsozialistischen Staate bildet die Grundlage für die weitere Betrachtung des neuen Polizeirechts.

---

[11]) DJZ. 1936, S. 1466.
[12]) Adolf Hitler, Mein Kampf, S. 433.
[13]) Ebenda, S. 434.

II. Das Verhältnis von Staat und Polizei und seine Bedeutung für das zukünftige Polizeirecht.

Die grundlegende Änderung der Staatsauffassung und des Staatszwecks hat auch die Polizei als unmittelbaren Ausdruck der Staatsgewalt im Innern ergriffen. Die straffe Organisation der Polizei erst kann ihre Schlagkraft erhöhen und ihr die Möglichkeit geben, Unruhen im Keime zu ersticken und die dem Staat aus dem Innern drohenden Gefahren abzuwehren. Durch diese Zweckbestimmung wird die Polizei zum bedeutendsten innerpolitischen Machtmittel des Staates. Lauer[14]) hat das Verhältnis von Staatsgewalt und Polizeigewalt richtig erkannt, wenn er sagt: „Die der Polizei obliegende Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit und Ordnung ist die unerläßliche Voraussetzung für ein geordnetes Staatsleben und eine wirksame Durchführung der staatlichen Zwecke. Daraus folgt, daß Staatsgewalt und Polizeigewalt naturgemäß in einem notwendigen inneren Zusammenhang stehen und jeder Wandel der Staatsidee eine Veränderung der polizeilichen Verhältnisse nach sich zieht."

Die Gestaltung des kommenden Polizeirechts auf der weltanschaulich neuen Grundlage des Nationalsozialismus wird davon abhängen, inwieweit alte Begriffe und Vorstellungen im heutigen Staat und vor allem im Polizeirecht noch einen Anspruch auf Gültigkeit haben können. Denn auf diesem Gebiet ist wie selten irgendwo die Macht der nationalsozialistischen Revolution zum Ausdruck gekommen. Eine grundlegende Umorganisation der Polizei und die Betrauung mit neuen, besonders politischen Aufgaben haben Verhältnisse geschaffen, die mit den früheren Mitteln, Aufgaben und Begriffen der Polizei nicht mehr zu meistern sind. Vielleicht ist es möglich, auf Grund der polizeilichen „Generalklauseln", mit ihrem Begriff der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung" den an die Polizei heute gestellten Anforderungen nachzukommen. Kann dies aber infolge der veränderten Auffassung vom Staat und seinem Zweck und der dadurch neu geschaffenen Grundlagen der polizeilichen Tätigkeit nicht erreicht werden, so ist es notwendig, hier ganz neue Wege zu gehen.

III. Der Kampf um die Erneuerung des Polizeirechts.

Über die Frage, ob im heutigen Staat der Begriff, die Zuständigkeit und die Aufgaben der Polizei noch auf Grund von polizei-

[14]) RVBl. 1934, S. 971.

lichen „Allgemeinermächtigungen" (Preußen und Thüringen) oder „Spezialermächtigungen" (Württemberg) bestimmt werden kann, oder ob das nationalsozialistische Polizeirecht auf völlig neue Grundlagen gestellt wird, ist im Schrifttum ein umfangreicher Streit ausgebrochen.

Der Präsident des Preuß. OVG., Drews, hat sich auf der polizeiwissenschaftlichen Woche in Kiel 1935 dahingehend geäußert, daß das kommende Reichspolizeirecht in Anlehnung an das geltende preuß. Recht (§ 14 PVG.) die bisherige gesetzliche Umgrenzung der Zuständigkeit der Polizei beibehalten werde. Dabei sei davon auszugehen, daß auch der neue Staat ein Rechtsstaat sei, in dem sich der Mensch nach den bestehenden Gesetzen richten müsse [15]). Dies steht im Einklang mit den Ausführungen von Staatssekretär Grauert [16]), der ebenfalls meint, das preuß. PVG. könne in seinen Grundzügen ohne weiteres für den nationalsozialistischen Staat übernommen werden.

Unter Verwendung dieser Ansichten maßgeblicher Stellen als Grundlage kommt ein Teil der Schriftsteller zu der Überzeugung, daß an den alten Grundsätzen des Polizeirechts auch heute noch festzuhalten sei, jedoch mit dem Vorbehalt, daß die gesetzlichen Bestimmungen, besonders § 14 PVG. als Ganzes und auch seine Bestandteile der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung" nach nationalsozialistischen Grundsätzen auszulegen seien. Die Vertreter dieser Ansicht sind vor allem Lauer [17]) und Franzen [18]), die beide in einer Dissertation über die Polizei im nationalsozialistischen Staat umfangreiche Untersuchungen angestellt haben.

Lauer hält die Beschränkung der polizeilichen Tätigkeit auf die Abwehr von Gefahren auch im nationalsozialistischen Staat aufrecht [19]), obwohl er zugeben muß, daß der Nationalsozialismus eine Abkehr von der individualistischen Geistesrichtung bedeutet und mit den Grundgedanken des liberalen Polizeirechts (Preuß. PVG. vom 1. Juni 1931) nicht vereinbar ist. Er steht auf dem Standpunkt, daß das Polizeirecht in seinen Grundzügen unverändert geblieben ist und das Preuß. Polizeirecht im wesentlichen vom nationalsozialistischen Staat übernommen und von der Landesgesetzgebung nur in einzelnen Punkten umgeformt wurde. Seine Ansicht begründet er damit, daß auch der nationalsozialistische Staat ein Rechtsstaat

[15]) Schack, Dt. Polizeiarchiv 1935, S. 147.
[16]) DJZ. 1934, S. 965 ff.
[17]) Diss. Hamburg 1935.
[18]) Diss. Greifswald 1935.
[19]) a. a. O., S. 11.

sei, der sich aber dadurch vom liberalen Rechtsstaat unterscheide, daß nicht alle vollziehende Gewalt ungebunden, sondern durch Gesetze beschränkt sei. Gleicher Ansicht ist auch Franzen[20]), der den Begriff und die Aufgaben der Polizei aus den „Generalklauseln" herleitet, von denen er sagt: „Die Generalklauseln, insbesondere § 14 PVG., sind bewußt geschaffene Rechtsnormen des alten Rechts, die ihre Brauchbarkeit im neuen Staat erwiesen haben. Die Auslegung der Generalklauseln ist der jeweiligen Entwicklung unterworfen, sie selbst aber stellen, wie § 14 PVG. (§ 10 II 17 ALR.) ewige Rechtsgedanken dar."

Drews[21]) bekennt sich wie Lauer und Franzen zu dem liberalen Polizeibegriff, für den die Polizei der geborene Feind der individuellen Freiheit war und der sich auf den Zweck der Gefahrenabwehr beschränkte. Er läßt die alten Grundbegriffe bestehen, aber in der Form, wie sie sich durch Einwirkung des Nationalsozialismus umgestaltet und teilweise neu gebildet haben. Im großen und ganzen beharrt er auf dem alten Rechtssystem und versucht, die neuen Aufgaben der Polizei im Wege der Auslegung der alten Bestimmungen des Polizeirechts zu lösen und von dem Grundgedanken dieses Systems aus zu begreifen. Für Drews bleibt die Polizei ein Zweig des staatlichen Verwaltungsrechts. Sie übt innerhalb ihrer Aufgaben und ihrer Generalvollmacht gegenüber jedem, der ihrer Zuständigkeit untersteht, obrigkeitliche Gewalt aus.

Ebenso wie Drews in seinem „Grundriß des Polizeirechts" hält auch Köhler in seinem Lehrbuch[22]) an der Regelung, wie sie das PVG. von 1931 für Preußen und wie sie die teils gesetzlichen, teils gewohnheitsrechtlichen Regelungen der anderen Länder getroffen haben, fest. „Die allgemeinen Grenzen für die Ausübung der Polizeigewalt, wie sie bisher gezogen waren, bleiben im Grundsatz zunächst bestehen."[23]) Auch glaubt er, auf Grund der bisher getroffenen Rechtsregelung lasse sich kein Anhaltspunkt dafür erkennen, daß von der grundsätzlichen Begrenzung der polizeilichen Tätigkeit auf die Gefahrenabwehr und der Abscheidung der Wohlfahrt fördernden Tätigkeit, „die uns in Fleisch und Blut übergegangen sei", sollte abgewichen werden. Köhler kann jedoch nicht umhin zu erklären, die Bedeutung des in § 10 II 17 ALR. ausgesprochenen Grundsatzes liege im liberalen Staat, vor allem in der Einstellung

---

[20]) a. a. O., S. 31.
[21]) Preuß. Polizeirecht, Allg. Teil, 5. Aufl. (1936), S. 9 ff.
[22]) Grundlehren des Dt. Verwaltungsrechts 1935.
[23]) Köhler, a. a. O., S. 346.

des polizeilichen Tätigwerdens auf diesen Rechtsstaat und damit auf den Schutz des Einzelnen gegenüber ihm. Heute aber liege die Bedeutung jener an den alten Grundsatz anknüpfenden Allgemeinermächtigung in der Einstellung auf den nationalsozialistischen Staat und den Richtsatz: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Die Anwendung des in § 14 PVG. festgelegten Grundsatzes könne deshalb nur i. S. nationalsozialistischer Staatsauffassung geschehen.

Im gleichen Rahmen bewegen sich die Ausführungen von Koellreutter [24]), der davon ausgeht, daß der Nationalsozialismus im „Volke" die entscheidende politische Größe sieht. Seiner Ansicht nach hat sich die polizeiliche Tätigkeit an der neuen „Volksgemeinschaft" auszurichten, aus der sie Sinn und Berechtigung erhalte. Koellreutter folgert daraus, daß der Inhalt der polizeilichen Tätigkeit sich nicht darin erschöpfe, daß die Polizei der bloße Garant einer bürgerlichen Ordnung sei. Die Verwendung der alten Begriffe im Polizeirecht lehnt er nicht grundsätzlich ab, sondern glaubt, den der Polizei gestellten Aufgaben dadurch gerecht werden zu können, daß man die alten Begriffe mit nationalsozialistischem Geist erfüllt: „Die in der polizeilichen Generalklausel enthaltenen Begriffe der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung", sowie der Begriff der „Gefahrenabwehr" müssen im Polizeirecht des nationalsozialistischen Staates einen andern Sinn erhalten. Ihre bisherige individualistische Prägung muß verschwinden. Denn die Aufgabe der Polizei ist es, die völkischen Lebensgüter auf den verschiedenen Gebieten zu schützen. Daraus ergibt sich, daß für den polizeilichen Schutz heute politische Gemeinschaftswerte, wie „Ehre und Freiheit der Nation" und die politischen Grundwerte von „Blut und Boden" im Vordergrund stehen. Die polizeiliche Tätigkeit ist demnach einheitlich am Schutz und der Erhaltung des Staates als Lebensform des Volkes ausgerichtet" [25]).

Die entgegengesetzte Meinung lehnt die Generalklauseln des § 14 PVG. und auch die in ihr enthaltenen Grundgedanken mit der Begründung ab, daß sie mit dem nationalsozialistischen Rechtsdenken unvereinbar und für die neue Aufgabenstellung der Polizei unbrauchbar seien. Als Hauptvertreter dieser Richtung ist Hamel zu nennen, der, wie aus seinen vielen Veröffentlichungen [26]) zu entnehmen ist, im Polizeirecht ganz neue Wege beschreiten will. Er geht bei seinen Betrachtungen davon aus, daß heute der Gegensatz

[24]) Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (1938), S. 116.
[25]) Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (1938), S. 116.
[26]) DJZ. 1935, S. 326 ff.; DR. 1935, S. 412; DJZ. 1936, S. 1465 ff.

von Staat und staatsfreier Gesellschaft aufgehoben ist und der Nationalsozialismus der freien Persönlichkeit und ihrem Eigentum eine Aufgabe in der Gemeinschaft des Volksstaats gegeben hat. „Freiheit und Eigentum haben nur noch insoweit Bestand, als sie den vom Führer herausgestellten Belangen der Nation dienen.“ [27]). Nach Hamels Ansicht gibt es überhaupt keine materielle Bestimmung der Polizei oder ihrer Aufgaben mehr, „weil eine rationale Bestimmung der Anforderungen, die die Polizei an die freie Betätigung stellt, unmöglich ist“ [28]). Die Aufgaben der Polizei und ihre Eingriffsmöglichkeiten sind nach seiner Ansicht abhängig von den Belangen der Volksgemeinschaft, an deren Gestaltung die Polizei selbst teilzunehmen und mitzuarbeiten berufen sei. „Die Aufgaben der Polizei richten sich stets nach den Anforderungen, die der Staat an die freie Betätigung des Einzelnen stellt. Diese Anforderungen zwangsweise durchzusetzen, ist die Funktion der Polizei im Staate. Die Polizei hat ihrem Wesen nach die Aufgabe, die Eingliederung aller individuellen Tätigkeit in die Belange der Nation sicherzustellen.“ [29]) Weiter vertritt Hamel den Standpunkt, die Polizei habe vorwiegend politische Aufgaben zu erfüllen, da die polizeiliche Tätigkeit mit den Forderungen und den Werten der Nation eng verbunden sei. Die Aufgabe der Polizei, die in der Eingliederung des Einzelnen in die Belange der Volksgemeinschaft bestehe, präge den politischen Charakter der Polizei, die ein Werkzeug der politischen Führung sein müsse. „Der Sinn der Polizei ist nur mit dem Sinn der Staatsmacht zu umschreiben: nämlich Sicherung und Pflege der Volksgemeinschaft nach den Ideen des Führers.“ [30]) Hamel ist also der Auffassung, daß die Wohlfahrtspflege auch heute aus dem Kreis der polizeilichen Tätigkeit nicht mehr ausgeschlossen werden kann. Den Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ will Hamel für das Polizeirecht vollständig verlassen, da es unmöglich sei, die neuen Befugnisse der Polizei aus dem Gesetz abzuleiten, was sich insbesondere aus dem heutigen Verhältnis des Gesetzes zur Polizei ergebe. Er begründet dies damit, daß „die Polizei eine Funktion der allgemeinen Landesverwaltung sei, deren Inhalt allein durch die politische Notwendigkeit bestimmt werde. Das politisch notwendige Maß an Verwaltungstätigkeit setze keine Ermächtigung

---

[27]) DJZ. 1935, S. 327.
[28]) DR. 1935, S. 416.
[29]) DJZ. 1935, S. 327.
[30]) DJZ. 1936, S. 1470.

voraus und sei niemals restlos vom Gesetz bestimmt."[31]) Den Ersatz für gesetzliche Ermächtigungen sieht Hamel in den Ideen des Führers vom Wesen des Volkes und seines Staates.

Zusammenfassend kann man sagen, daß nach der Ansicht Hamels die Tätigkeit der Polizei in folgenden Aufgaben besteht:

1. Die Gemeinschaftswerte zu schützen.
2. Die Erfüllung der Pflichten des Einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft zu sichern.
3. Die Gemeinschaftsordnung zu wahren[32]).

Knauth[33]) hat dieser Bestimmung der polizeilichen Aufgaben ausdrücklich zugestimmt, wenn er sagt: „Die Eigenart polizeilicher Wirksamkeit kann nur darin gefunden werden, daß sie die besondere Zweckbestimmung hat: zu schützen, zu sichern und zu bewahren."[34]) Es fällt aber auf, daß Knauth bei seiner Begriffsbestimmung das, was geschützt, gesichert und gewahrt werden soll, in Klammern setzt. Dadurch werden die von Hamel herausgestellten Gegenstände (Gemeinschaftswerte, Erfüllung der Dienstpflichten und die Gemeinschaftsordnung), wie Hamel selbst sagt, von der Begriffen des Schutzes, der Sicherung und der Wahrung losgelöst. Wenn man nicht sagt, was geschützt, gesichert und gewahrt werden soll, so sind diese Begriffe völlig sinn- und inhaltlos.

Mit ähnlichen Gedankengängen wie Hamel und Knauth kommen auch Höhn[35]) und Lehmann[36]) zu gleichen Ergebnissen, wenn auch ihre Ausführungen in verschiedenen Punkten unter sich nicht übereinstimmen.

So weist Höhn[37]) darauf hin, daß heute das Volk und nicht der Staat der Ausgangspunkt des polizeirechtlichen Denkens sei und daß die Aufgaben der Polizei von der Gemeinschaft herzuleiten seien. Man könne deshalb nicht mehr die überkommenen Begriffe der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung beibehalten. Das neue Rechtssystem, das im Entstehen begriffen sei, könne sich nicht dadurch herausbilden, daß die zu Grunde liegenden Wertmaßstäbe geändert werden, das alte Begriffssystem aber beibehalten werde. Wenn man nicht mehr vom Staat-Untertanenverhältnis, sondern

---

31) DR. 1935, S. 416.
32) DJZ. 1935, S. 327, 331; DR. 1935, S. 416/17.
33) DJZ. 1936, S. 1205 ff.
34) DJZ. 1936, S. 1210/11.
35) DR. 1936, S. 128; DR. 1937, S. 121.
36) Der alte und der neue Polizeibegriff (1937).
37) DR. 1936, S. 128.

von den Aufgaben ausgehe, die die Polizei innerhalb der Gemeinschaft zu erfüllen habe, so sehe man die grundlegende Wandlung des Charakters der Polizei, der er wie Hamel neben der negativ-abwehrenden auch eine positiv-fördernde und pflegerische Tätigkeit zuschreibt. Wenn Höhn sagt: „Erhaltung und Sicherung der Volksgemeinschaft steht im Mittelpunkt der polizeilichen Tätigkeit“ [38]), so stimmt dieser Begriff der polizeilichen Aufgaben inhaltlich überein mit den von Hamel entwickelten polizeilichen Aufgaben.

Die bedeutendsten Veränderungen im Polizeirecht stellt Höhn in einigen programmatischen Sätzen mit etwa folgendem Inhalt zusammen [39]):

1. Die Polizei ist keine Anstalt mehr, d. h. sie hat keine in ihr selbst liegenden Aufgaben zu erfüllen, sondern sie ist ein Teil des Staatsapparats, den der Führer einsetzt. Ihre Aufgaben werden ihr daher von außen, vor allem von der Bewegung gestellt. Sie ist ein Arm der Gemeinschaft.

2. Wenn die Polizei tätig wird, handelt es sich nicht mehr um das alte Staat-Untertanenverhältnis. Es geht vielmehr heute darum, daß die Polizei Ordnungspflichten durchsetzt, die der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft hat.

3. Werden der Polizei von der Gemeinschaft aus ihre Aufgaben gestellt, dann steht sie nicht als selbständige Macht dem Einzelnen gegenüber, ihr Tätigwerden wird nicht vom Standpunkt des Einzelnen aus bestimmt, sondern vom Standpunkt der Gemeinschaft, für die die Polizei tätig wird. Zweifellos wird durch Maßnahmen der Polizei gegenüber dem einzelnen Gemeinschaftsglied auch in seine persönliche Freiheit und unter Umständen in sein Eigentum eingegriffen; das polizeiliche Eingreifen wird aber nicht von dem Verhältnis Einzelner — Polizei her gesehen, sondern von der Gemeinschaft aus, für die die Polizei ihre Aufgaben zu erfüllen hat.

4. Das Polizeirecht in der bisherigen Form als Beziehungssystem zwischen dem Staat (Polizei) als Rechtssubjekt und dem Einzelnen als Rechtssubjekt mit der Aufgabe, die staatliche Polizeigewalt von dem individuellen Freiheitsbereich abzugrenzen, entfällt. Das bedeutet aber keine Rückkehr zu absolutistischen Formen der Polizei, bedeutet vor allem keine willkürliche Polizei. Der in der Hand des Führers liegende Polizeiapparat ist schon durch die ihm gesetzten Aufgaben gebunden. Das Polizeirecht ergibt fich dann nicht mehr

[38]) DR. 1937, S. 121/22.
[39]) DR. 1936, S. 128/131.

aus dem Verhältnis Polizei — Einzelner, sondern es regelt die Einsatzmöglichkeit und die Aufgaben des Polizeiapparats.

5. Die Aufgaben der Polizei werden sich in Zukunft nicht mehr nach dem Inhalt des § 14 PVG. bestimmen können. Seine Beziehung auf die öffentliche Ordnung geht von den Grundvorstellungen des liberalen Bürgertums aus. In ihr spiegeln sich die allgemein gesellschaftlichen Anschauungen des 19. Jahrhunderts wieder. Die „öffentliche Ordnung" bestimmt sich zudem vom Staat und nicht vom Volk her. In der „öffentlichen Ordnung" sind diejenigen allgemeinen Wertanschauungen und Rechtsgüter enthalten, die für das Handeln des Staates, der ebenso wie der Einzelne als individuelle Persönlichkeit gedacht wird, richtunggebend sind. Die „öffentliche Ordnung" ist eine unsichtbare Ordnung, die in Rechtsgütern und Wertanschauungen besteht. Sie setzt voraus, daß der Einzelne nicht mehr in einer bestimmten Gemeinschaft lebt, die ihn ganz umfaßt. Von dieser „öffentlichen Ordnung" gehen wir heute nicht mehr aus. Die Gemeinschaftsordnungen, in denen der Einzelne heute lebt, stellen der Polizei konkrete Aufgaben.

Ebenso wie Hamel ist auch Lehmann [40]) der Überzeugung, daß alle Ansichten, die sich für ein Festhalten an § 14 PVG. im nationalsozialistischen Staate in irgend einer Abstufung oder Form aussprechen, abzulehnen seien. „Es ist eine Unmöglichkeit, der Rechtsnorm des § 14, die typisch liberalistische Züge aufweist, heute noch ein Lebensrecht zuzuerkennen, geschweige denn sie mit nationalsozialistischen Gedanken zu erfüllen." [41]) Lehmann vertritt den Standpunkt, daß man nationalsozialistisches Gedankengut nicht in den vom Liberalismus geschaffenen Rahmen des § 14 PVG. gießen könne, da beide miteinander unvereinbar seien. Es sei das Fundament zu berücksichtigen, auf dem jedes Gesetz stehe, und mit dem es falle; jeder Rechtsgedanke sei nur so lang ewig, als der Geist, der ihn geboren habe, lebe. Wenn der Liberalismus den § 10 II 17 ALR. aus der Aufklärungszeit übernommen habe, so sei das insofern nicht verwunderlich, als der Liberalismus in der Aufklärungszeit wurzele. „Die geistigen Grundlagen des § 14 PVG. sind entfallen, im Mittelpunkt des liberalistischen Rechtsdenkens stand das Individuum und im Mittelpunkt der nationalsozialistischen Rechtspolitik steht die Gesamtheit." [42])

---

[40]) Der alte und der neue Polizeibegriff (1937).
[41]) Ebenda, S. 96.
[42]) Frank, Handbuch 2. Aufl. 1935, S. 4.

Die Aufgabe der Polizei sieht Lehmann in der Erhaltung der Volksgemeinschaft. Dieser Aufgabe habe sie sich dadurch zu entledigen, daß sie alles, was sich gegen diese Gemeinschaft richte, verhindere oder beseitige, gleichgültig, ob es sich dabei um einen durch einen andern hervorgerufenen Zustand oder um Handlungen oder Unterlassungen von Menschen handle. Lehmann schlägt an Stelle des § 14 PVG. folgende Begriffsbestimmung vor:

„Der Polizei liegt es ob, Handlungen und Zustände zu verhindern oder zu beseitigen, die sich zu Ungunsten der Volksgemeinschaft auswirken oder auswirken können." [43])

Er läßt damit, wie Hamel und Höhn, die Trennung zwischen „Gefahrenabwehr" und „Wohlfahrtsförderung" fallen und stellt fest: „Richtschnur und Inhalt jeder polizeilichen Tätigkeit ist die Wahrnehmung der Interessen der Gemeinschaft. Die Polizei darf jede Anordnung erlassen, die sich im Rahmen der obengenannten Generalklausel hält, gleichgültig ob sie sich als „Gefahrenabwehr" oder „Wohlfahrtspflege" auswirkt." [44])

IV. Begriff und Aufgaben der Polizei nach nationalsozialistischer Rechtsanschauung.

Aus all den oben angeführten Ansichten und dem Streit über die Aufbauelemente des neuen Polizeibegriffs geht hervor, daß gerade das Gebiet der Polizeirechtswissenschaft in einem starken Umbruch begriffen ist. Bezeichnend ist, daß die Vertreter der Meinung, die den Begriff und die Aufgaben der Polizei auf einer ganz neuen Grundlage aufbauen, in der Mehrzahl geblieben sind und auch ihre Veröffentlichungen aus neuerer Zeit stammen. Es hat den Anschein, als ob die Ansichten, die die alten überkommenen Begriffe beibehalten und sie mit nationalsozialistischem Geist ausfüllen wollen, bereits überholt sind. (Von den Dissertationen von Lauer und Franzen sagt Schack, Deutsches Polizeiarchiv 1936, S. 118, daß „sie alten Wein in neue Schläuche gegossen hätten".)

Bei unserer Untersuchung über die nationalsozialistische Polizei ist von der Feststellung auszugehen, daß formell § 14 PVG. und die in ihm enthaltenen Grundsätze weiter gelten, der Gesetzgeber aber die von der ersten Meinung, besonders von Lehmann gemachten Vorschläge sehr gut wird verwerten können. Bevor aber eine gesetzliche Regelung erfolgt ist, sind die polizeilichen Aufgaben und der

[43]) Der alte und der neue Polizeibegriff, S. 97.
[44]) Ebenda.

Inhalt der polizeilichen Tätigkeit nach den Grundsätzen und den Bedürfnissen der nationalsozialistischen Staatsführung zu beurteilen. Ausgangspunkt und Richtschnur ist die „Volksgemeinschaft", woraus Koellreutter[45]) mit Recht folgert, daß „der Inhalt der polizeilichen Tätigkeit sich nicht darin erschöpfe, daß die Polizei der bloße Garant einer bürgerlichen Ordnung sei." Die in der polizeilichen Generalklausel enthaltenen Begriffe der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung" sowie der Begriff der „Gefahrenabwehr" müssen deshalb bis zum Erlaß eines neuen Reichspolizeigesetzes so angewendet und ausgelegt werden, daß sie den Anforderungen des nationalsozialistischen Staates standhalten können. Dies ist dann zu erreichen, wenn man den nationalsozialistischen Grundbegriffen und Anschauungen über den Staat und dem inneren Zusammenhang zwischen Staatsmacht und Polizei Rechnung trägt. Will man das Wesen der Polizei im heutigen Staat ergründen und begreifen, so ist von dem oben festgelegten Zweck des Staates und seinem Verhältnis zur Polizei auszugehen und folgendes zu berücksichtigen: Der Staat ist das Mittel zur Erhaltung und Förderung der Volksgemeinschaft und die Polizei ist eines der Mittel des Staates zur Erreichung dieses Zwecks. Staatszweck und Polizeizweck, die unter sich in enger Verbindung stehen, richten sich am „Volk" und an seiner organisatorischen Form aus, der „Volksgemeinschaft", die damit zu einem Wesensmerkmal des nationalsozialistischen Staates geworden sind. Die Polizei als wesentlicher Bestandteil und als sichtbarer Ausdruck der Staatsgewalt ist dazu berufen, durch geeignete Maßnahmen die Staatssicherheit und Staatsordnung zu schützen, um so der Volksgemeinschaft zu dienen und sie zu erhalten.

Die Grundlage aller polizeilichen Tätigkeit ist somit die Volksgemeinschaft und die Polizei hat ihre Aufgabe unter dem Gesichtspunkt des Dienstes für das Gemeinwohl zu erfüllen. Als ein Teil der Staatsgewalt im Innern ist die Polizei dort berufen, das Notwendige zu tun, wo eine Sonderzuständigkeit nicht gegeben ist oder eine Sonderbehörde im Augenblick nicht eingreifen kann. Denn man muß sich darüber im klaren sein, daß nicht nur die Polizei, sondern auch der Gesetzgeber, der Richter und der Soldat Dienst am Volke tut. Aber der Dienst an der Volksgemeinschaft als der organisierten Form des Volkes steht im besonderen der Polizei zu. Unter Volksgemeinschaft verstehen wir „die durch rassische Zusammengehörigkeit bedingte Gemeinschaft des Volkes, die sich darstellt als eine in gegenseitiger, innerer Verbindung stehende Einheit, deren organische Glie-

[45]) Dt. Verw. Recht, 2. Aufl. (1938), S. 116.

der die zu ihr gehörigen Menschen sind."[46]) Damit kommt die „Volksgemeinschaft" sehr nahe an die Begriffsbestimmung des Staates heran, wie sie in des Führers Buch „Mein Kampf"[47]) gegeben ist: „Eine Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen."

Wird so der Dienst an der Volksgemeinschaft in den Mittelpunkt des polizeilichen Aufgabenkreises gerückt, dann entfällt die alte Unterscheidung der liberalen Polizeirechtswissenschaft und des § 14 PVG. in „Gefahrenabwehr" und „Wohlfahrtsförderung", die sowieso nur ein Rückschlag auf polizeistaatliche Gedankengänge gewesen war. Denn heute umfaßt die Tätigkeit der Polizei auch die Pflege der Volksgemeinschaft und beschränkt sich nicht auf die Abwehr der ihr drohenden Gefahren. Auch wohnt ihr heute noch der Gedanke der „Förderung" inne, wobei es sich selbstverständlich nicht mehr um die „Förderung der Wohlfahrt" handeln kann. Wenn heute der Polizei neben anderen Organen der Staatsführung (Gesetzgeber und Richter) die Aufgabe zusteht, den Schutz der Lebensgüter der Nation zu übernehmen, so liegt darin auch schon eine gewisse Förderung der Gemeinschaftswerte. „Abwehr" und „Förderung" sind nicht mehr zu trennen, denn oft bringt die Abwehr einer Gefahr in gewisser Beziehung eine Förderung mit sich, sodaß die Grenze zwischen beiden eigentlich verschwindet. Es kann heute die Aufgabe der Polizei auch nicht mehr darin bestehen, das äußerliche Zusammenleben der Staatsbürger nur durch Abwehr der ihnen drohenden Gefahren sicherzustellen. Denn alle polizeiliche Tätigkeit geht letzten Endes auf die Erhaltung und Sicherung des Bestandes des deutschen Volkes und Staates und nicht mehr auf die Sicherheit und Ordnung einer Mehrheit von Personen, des sog. „Publikums".

Der Schutz- und Sicherungsgedanke im nationalsozialistischen Polizeirecht geht auch aus der Darstellung des „Ausschusses für Polizeirecht in der Akademie für Deutsches Recht"[48]) hervor, wo es heißt: „Das Wesen der nationalsozialistischen Polizei geht am deutlichsten aus ihrer neuen Aufgabenstellung hervor. Die Polizei hat nicht mehr das für eine bürgerliche Gesellschaft existenznotwendige Mindestmaß an äußerer Ordnung zu gewährleisten, sondern ihre Aufgabe besteht in der Sicherung des Volkes im Innern (Frank S. 8), sie ist Schutzorganisation des deutschen Volkes für seinen Schutz nach innen (Himmler S. 12), die Abwehr des inneren Feindes ist die Aufgabe der Polizei (Höhn S. 21)."

---

[46]) Schmidt, Arch. f. Polizeiwesen 1937, S. 85.
[47]) S. 433.
[48]) Grundfragen der deutschen Polizei, ZAkDR. 1937, S. 376.

Aus dieser Festlegung des Wesens der nationalsozialistischen Polizei durch eine mit maßgeblichen Persönlichkeiten besetzte Stelle, deren Auffassung vermutlich richtungweisend sein wird für die Gestaltung und gesetzliche Regelung des kommenden Polizeirechts, ist ersichtlich, daß Schutz und Sicherung des Volkes und der Volksgemeinschaft im Vordergrund der polizeilichen Tätigkeit stehen werden. Die organisch verbundene Einheit des Volkes, die Volksgemeinschaft, wird damit zu einer Grundlage, aus der sich die Berechtigung der Polizei zum Eingreifen ergibt. Dies hat Hamel richtig erkannt, wenn er sagt: „Nicht ob andere gestört sind, sondern ob die Belange der Volksgemeinschaft verletzt werden, ist jetzt der Gesichtspunkt, der die Polizei zum Eingreifen berechtigt." [49])

Im heutigen Polizeirecht können wir demnach an Stelle des zu schützenden „Publikums" etwa die „Volksgemeinschaft" setzen. Die Polizei ist nicht mehr dazu da, die Belange des Einzelnen oder einer Mehrheit von Personen zu schützen, und sie ist auch nicht berechtigt, in die Gebiete einzugreifen, die dem Einzelnen zur freien Gestaltung überlassen sind. Der Schutz der Polizei gilt der „Öffentlichkeit", „die jedoch heute bedeutet, daß die Volksgemeinschaft berührt wird" [50]). Erstes und höchstes Schutzgut im heutigen Staat ist das Volk als Gemeinschaft und die in ihm wohnenden und seinen Bestand erhaltenden völkischen Lebensgüter. Gleicher Ansicht ist Schmidt [51]), der ausführt: „Selbstverständlich soll die Polizei den Zustand, den man mit „öffentlicher Sicherheit und Ordnung" bezeichnet, wahren. Ihr eigentlicher Gegenstand ist aber nicht mehr dieser äußere Zustand. Die Polizei richtet sich vielmehr, wie alle öffentliche Verwaltung überhaupt, auf das, worauf diese Sicherheit und Ordnung beruht und allein sicher aufgebaut ist. Das sind die großen Lebensgüter der Nation, die im Volke ruhenden Gemeinschaftswerte. Unter diesen Lebensgütern verstehen wir Ehre, Freiheit, Sittlichkeit, Leben, Volksgesundheit, Rassereinheit usw. einerseits, Staat, Staatsorgane und Staatseinrichtungen, allgemeine Wirtschaftsordnung andererseits."

Der Schutz der völkischen Lebensgüter als Aufgabe der Polizei liegt, wie schon gezeigt, nicht nur im Tätigkeitsbereich der Polizei, sondern auch z. B. des Gesetzgebers und des Richters. Sofern aber nicht Sonderzuständigkeiten gegeben sind, ist in diesem Schutz auch der Begriff der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung der Volksgemeinschaft enthalten. Das eine ist durch das andere bedingt

[49]) DR. 1935, S. 414.
[50]) Hamel, DR. 1935, S. 415.
[51]) RVBl. 1935, S. 835.

und somit unlösbar mit ihm verbunden. Dies kommt auch bei Falk [52]) zum Ausdruck, wenn er die Meinung vertritt, daß „die Polizei auch weiterhin grundsätzlich Abwehr, Sicherung und Erhaltung bleibe". Er hält an der Beschränkung des Polizeibegriffs auf „Gefahrenabwehr" fest, jedoch mit der Bemerkung, daß „das formale Prinzip, mit dem die Polizei die Abwehr betreibe, ihr Leitgedanke die Förderung und Erhaltung des deutschen Volkstums sei [53]). Anstelle der „Öffentlichkeit" setzt Falk die lebendige Kraft „Deutsche Volksgemeinschaft" und sieht in der Polizei „diejenige Tätigkeit der inneren staatlichen Verwaltung, die die Abwehr der der deutschen Volksgemeinschaft aus dem Innern drohende Gefahren zum Gegenstand hat, wobei Gefahrenabwehr hier, je nach den Bedürfnissen der volklichen Lebensordnung, die Wohlfahrtsförderung des Einzelnen als auch bloße Sicherung und Erhaltung des Güterbestands zu Gunsten des Einzelnen oder der Allgemeinheit umfaßt." [54])

In dem Schutz der Lebensgüter erschöpft sich aber die Tätigkeit der Polizei nicht allein. Es ist noch folgender Gesichtspunkt maßgebend: Innerhalb der Gemeinschaft des Volkes haben die Gemeinschaftsglieder ihre Pflichten gegenüber dem Volk zu erfüllen. Aus seiner gliedhaften Stellung innerhalb der organischen Einheit der Volksgemeinschaft leitet der Einzelne seine Rechte her. Dabei müssen wir uns aber darüber im klaren sein, daß natürlich nicht mehr die alte Auffassung des Verhältnisses von Einzelnem zum Staat gelten kann. Gehen wir wie Schmidt [55]) davon aus, daß „die gegenseitige Bedingtheit der Gemeinschaftsglieder das Verhältnis der gegenseitigen Bedingtheit von Recht und Pflicht erzeugt," so erscheint „das Recht der Gemeinschaft gegenüber nur als Korrelat der Pflicht. Recht und Pflicht der Gemeinschaftsglieder verschmelzen der Gemeinschaft gegenüber zu einer Einheit."

Aus dieser Gemeinschaftsstellung heraus ergeben sich die Pflichten des Einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft und damit gegenüber dem Staat. Erfüllt er diese Pflicht, so nützt er der Volksgemeinschaft und tut damit das, was ihm sein Gemeinschafts- und Zusammengehörigkeitsgefühl sagt und was die Gemeinschaft von ihm verlangt. Kommt der Einzelne aber seinen Pflichten nicht nach, und trägt er nicht seinen Teil zur Förderung und Erhaltung der Volksgemeinschaft bei, so ist die Polizei als Vollstreckerin der Belange der Volks-

---

52) Diss. Leipzig 1935, S. 29.
53) S. 71.
54) Falk, S. 41.
55) Arch. f. Polizeiwesen 1937, S. 85 ff.

gemeinschaft dazu berufen, die Erfüllung dieser Pflichten zu sichern und nötigenfalls mit Zwang durchzusetzen. In Erfüllung dieser Aufgaben betätigt sich die Polizei auch zum Wohl des Staates als Dienerin für seine hohen Ziele. Indem sie für die Einhaltung und Erfüllung der dem Einzelnen durch die Gemeinschaft gestellten Aufgaben sorgt, überhaupt sein Verhalten ihr gegenüber überwacht, verhütet sie eine Störung der Volksgemeinschaft und bewahrt dadurch den inneren Frieden und den Bestand des Staates. „Es geht nicht mehr bloß um den Schutz einer äußerlich willkürlich wandelbaren gesellschaftlichen Ordnung, sondern um den Schutz der inneren Existenz des Volkes in allem, insbesondere auch in seinen sittlich-geistigen Bestandteilen und der aus der eigenartigen Gesetzlichkeit dieses Volkes erwachsenden Teil- oder Gesamtordnungen." [56]) Diese Gedanken des Schutzes und der Sicherung der Volksgemeinschaft sind es auch, auf die sich die schon oben dargelegte Auffassung Hamels [57]) von den Aufgaben der Polizei stützt, der die polizeiliche Tätigkeit darin sieht, die Gemeinschaftswerte zu schützen, die Erfüllung der Pflichten des Einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft zu sichern, die Gemeinschaftsordnung zu wahren [58]).

Auf Grund der oben dargelegten Gedankengänge wird es wohl im kommenden Polizeirecht nicht bei der Regelung und Begriffsbestimmung des § 14 PVG. bleiben können. Wir haben gesehen, daß heute „öffentliche Sicherheit und Ordnung" Begriffe sind, unter denen man je nach Anschauung und Auslegung die polizeilichen Aufgaben verschieden beurteilen kann. Es sind elastische Begriffe genau so wie „öffentliches Interesse", „gute Sitten", „Zumutbarkeit der Leistung" u. a. Ihren besonderen Inhalt bekommen sie von der jeweiligen Staatsauffassung. In ihrer Unbestimmtheit und Unbegrenztheit waren sie bisher und werden sie auch bis zum Erlaß eines Reichspolizeigesetzes eine einigermaßen brauchbare Handhabe sein, um den durch die Umwälzung des Staatslebens notwendig gewordenen Maßnahmen eine Rechtsgrundlage zu geben. Der autoritäre Staat hat große Aufgaben an die Polizei gestellt, die nicht immer leicht zu lösen waren. Solange aber die alten Gesetzesbestimmungen oder die gewohnheitsrechtlichen Rechtsgrundsätze nicht aufgehoben sind, sind sie in der Weise zu verwerten, daß man sie in vernünftige Art und Weise und nach nationalsozialistischer Staats- und Rechtsauffassung

[56]) Frank-Himmler-Best-Höhn: Grundfragen der deutschen Polizei, ZAkDR. 1937, S. 376.
[57]) DJZ. 1935, S. 327 ff.; DR. 1935, S. 416, 417.
[58]) Ebenso Schmidt, Dt. Verw. 1937, S. 9 ff. und Knauth, DJZ. 1936, S. 1211.

auslegt. Dabei ist es wohl möglich, die Gedanken des „Schutzes der Lebensgüter der Nation" und der „Sicherung des Pflichtenkreises des Einzelnen" gegenüber dem Staat und damit den Staat selbst in die Begriffe der Ordnung und Sicherheit hineinzulegen. Bei Angriffen auf die völkischen Lebensgüter und auf die Volksgemeinschaft ist der Zustand gefährdet, den wir mit „öffentlicher Sicherheit und Ordnung" bezeichnen und dies gibt der Polizei die Berechtigung zum Eingreifen. Es soll dabei nicht verkannt werden, daß die Zeiten des durch § 14 PVG. oder durch gewohnheitsrechtliche Rechtsgrundsätze festgelegten Wirkungskreises der Polizei endgültig vorüber sind. Denn die vielfachen und wandelbaren Bedürfnisse des täglichen Lebens, die Rechte und Pflichten des Volksgenossen gegenüber dem Staat erfordern eine Festlegung der Aufgaben und Grenzen der Polizeigewalt in einem weit gesteckten Rahmen. Es kann sich dabei, wie Schmidt [59]) mit Recht meint, „nur um eine allgemeine Bezeichnung handeln, mit der zwar eine gewisse Richtschnur, nicht aber eine feststehende Grenze gegeben werden könne."

Bis zur Regelung durch ein Reichspolizeigesetz sind wir deshalb gezwungen, die Aufgaben und Ziele der Polizei aus der nationalsozialistischen Rechtsanschauung und den Gedanken des „Schutzes der völkischen Lebensgüter und der Sicherung des Volkes und der Volksgemeinschaft" zu begreifen. Schmidt [60]) macht als Praktiker, der sich als Richter am Sächs. OVG. mehr wie mancher Theoretiker mit den der Polizei gestellten Aufgaben und den Grenzgebieten der polizeilichen Tätigkeit zu beschäftigen hat, gewissermaßen als Grundlage für das kommende Reichspolizeigesetz folgenden Vorschlag:

„Alle polizeiliche Tätigkeit hat zum Ziele, die Lebensgüter der Nation zu schützen.

Die Aufgabe der Polizei ist es, im Rahmen der Gesetze und der maßgebend festgestellten Ziele des deutschen Volkes, dafür zu sorgen, daß das Zusammenleben der Menschen sich so gestaltet, wie es das Wohl des Volkes unter angemessener Berücksichtigung der Einzelbelange erfordert. Die Polizei kann das Verhalten des Einzelnen nur insoweit regeln, als es von Einfluß auf Gemeinschaftswerte ist oder sein kann."

Diese Formulierung ist, wenn auch äußerlich etwas umfangreicher wie die von Lehmann gegebene: „Der Polizei liegt es ob, Handlungen und Zustände zu verhindern oder zu beseitigen, die sich zu Ungunsten der Volksgemeinschaft auswirken oder auswirken kön-

[59]) RVBl. 1935, S. 837.
[60]) RVBl. 1935, S. 837.

nen“ [61]) meiner Ansicht nach deshalb besser, weil in ihr die Belange des Volkes und der Volksgemeinschaft als Rechtsgrundlage für das Eingreifen der Polizei genau festgelegt sind. Bei den von Lehmann gegebenen Begriff ist die „Volksgemeinschaft“ gewissermaßen eine „Allgemeinermächtigung“, aber als solche ein unendlich dehnbarer Begriff, unter dem man sich wohl weniger Bestimmtes vorstellen kann, als unter den „Gesetzen in den maßgebend festgestellten Zielen des deutschen Volkes“, wie Schmidt vorschlägt. Außerdem gibt auch noch Schmidt die Grenzen des polizeilichen Aufgabenkreises an, die sich aus dem Verhältnis des Einzelnen zu den Gemeinschaftswerten ergeben.

Zu den Begriffsbestimmungen von Lehmann [61]) und Schmidt [62]) und den von ihnen herausgearbeiteten Punkten über die Aufgaben der Polizei ist zu sagen, daß sie Begriffe enthalten, die ebenso wie die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ unbestimmt sind und der Auslegung bedürfen. Außerdem ist nicht zu leugnen, daß sie inhaltlich ein etwas großes Gebiet umfassen und nicht, was wünschenswert wäre, eine Begrenzung der polizeilichen Tätigkeit bringen, die enger wäre wie die Begriffe der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ des bisher geltenden Polizeirechts. Sowohl die von Lehmann wie auch die von Schmidt gegebene Fassung und die von Hamel [63]) ausgearbeiteten Gesichtspunkte berücksichtigen weitgehend heute geltende Rechtsgrundsätze, aber ein vollwertiger Ersatz für die bisherige Fassung ist noch nicht gefunden. Wohl können sie als Grundstock für den Aufbau und die Gestaltung des kommenden Polizeirechts wertvolle Dienste leisten. Denn auch im nationalsozialistischen Rechtsstaat geht die polizeiliche Tätigkeit auf eine gesetzliche Grundlage zurück. Allerdings verwirft der heutige Staat den liberalen Rechtsstaat mit den ihm innewohnenden individualistischen Bestrebungen. Aber schon die Verwendung des Namens „Rechtsstaat“ im heutigen Staatsrecht deutet an, daß das nationalsozialistische Gemeinschaftsleben von einer einheitlichen Rechtsidee beseelt ist und wir einen Staat haben, dessen Tätigwerden von einem Rahmen bestimmter Rechtssätze umschrieben ist. Vorerst sind die Bestimmungen des Polizeirechts, und zwar weder die gesetzlich noch die gewohnheitsrechtlich festgelegten Bestimmungen über die Aufgaben der Polizei, durch die Staatsführung aufgehoben und auch nicht infolge der veränderten Rechtsauffassung durch Gesetz außer Kraft getreten. Sie

[61]) Der alte und der neue Polizeibegriff, S. 97.
[62]) RVBl. 1935, S. 835; 837; Dt. Verw. 1937, S. 10.
[63]) DJZ. 1935, S. 327 ff.; DR. 1935, S. 416/17.

sind somit weiterhin als Ausdruck des staatlichen Führerwillens anzusehen und deshalb geltendes Recht. Die nationalsozialistischen Grundsätze und Erkenntnisse können und sollen bei ihrer Auslegung herangezogen und bei ihrer Anwendung verwertet werden.

Daß man mit diesen Begriffen vorerst noch auskommen und sie zur Lösung neuer an die Polizei herantretender Aufgaben benützen kann, zeigen die im Dritten Teil der Arbeit besprochenen Fragen der Untersagung von Betrieben. (Rspr. d. Preuß. OVG. und des RG.).

Dritter Teil:

A. Polizeiliche Betriebsverbote in der Rechtsprechung der höchsten deutschen Verwaltungsgerichte.

I. Polizei und Gewerbefreiheit.

In gleichem Maße, wie sich der Begriff und die Bedeutung der Gewerbefreiheit und der Aufgabenkreis der Polizei durch den Wandel der Lebens- und Rechtsanschauungen des Volkes grundlegend geändert haben, so hat auch ihr Verhältnis zueinander eine Neugestaltung erfahren, die ihren Ausdruck in einer Veränderung der polizeilichen Befugnisse im Gewerbe- und Wirtschaftsrecht gefunden hat. Der Dienst an der Volksgemeinschaft wird im nationalsozialistischen Polizeirecht in den Mittelpunkt gestellt. Alle polizeiliche Tätigkeit hat den Zweck, die Sicherung und Erhaltung des deutschen Volkes und des nationalsozialistischen Staates zu gewährleisten und nicht nur für die Sicherheit und den Schutz eines Einzelnen oder einer Mehrheit von Personen zu sorgen. Wenn die Belange der Volksgemeinschaft oder die ihr innewohnenden Lebensgüter des deutschen Volkes gefährdet werden, hat die Polizei nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zum Eingreifen. Im Rahmen der geltenden Gesetze muß die Polizei die Gemeinschaftsordnung wahren, jedoch aber auch den Belangen und Bedürfnissen der Einzelnen als Glieder der Gemeinschaft Rechnung tragen. Denn auch im nationalsozialistischen Staat hat der Einzelne noch einen Freiheitsbereich, den er gegen unberechtigte Eingriffe des Staates und auch Dritter verteidigen kann. Doch hat er sein Tun und Lassen nach den Zielen und Erfordernissen der Volksgemeinschaft einzurichten, für die sein Handeln sich nicht zum Nachteil auswirken darf. Wenn der nationalsozialistische Staat heute noch Rechte des Einzelnen anerkennt und auch den Grundsatz der Gewerbefreiheit als heute noch gültig ansieht, so ist dabei der Pflichtgedanke und die Bindung an das Wohl der Volksgemeinschaft in den Vordergrund getreten.

Die in den §§ 1, 143 GewO. gewährleistete „Freiheit" der Zulassung und der Fortführung von Gewerbebetrieben war dahingehend

zu verstehen, daß der Gewerbetreibende bei der Ausübung seines Gewerbes die allgemein-polizeilichen Vorschriften sicherheits-, gesundheits-, feuer- und verkehrspolizeilicher Art zu beachten hatte. Jedoch durfte dies nicht dazu führen, daß durch Anordnungen der Polizei die Ausübung und Fortführung eines Gewerbebetriebs tatsächlich unmöglich gemacht wurde. Polizeiliche Verfügungen, die auf Grund des § 14 PVG. oder der ihm entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften oder gewohnheitsrechtlichen Rechtssätze ergingen und das dauernde Verbot der Ausübung von Gewerbebetrieben aussprachen, wurden für unzulässig erachtet, selbst wenn zu befürchten war, daß der Inhaber des Gewerbebetriebs auf Auflagen hin seine Haltung nicht ändern und dauernd neue Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung herbeiführen würde.

Da eine gesetzliche Regelung nicht erfolgt war, hatte sich die Rechtsprechung der letzten Jahre mit den beiden folgenden Fragen auseinanderzusetzen: Ist das Verhältnis von „Gewerbefreiheit" und „Polizeigewalt" trotz des durch den Nationalsozialismus herbeigeführten Wandels der Rechtsanschauungen das gleiche wie vor der Machtübernahme geblieben; o d e r : Ist die Polizei auf Grund ihres neuen Aufgabenkreises (Schutz und Sicherung der völkischen Lebensgüter und Gemeinschaftswerte) d a n n zur Untersagung eines Gewerbebetriebs berechtigt, wenn durch seine Weiterführung Schäden für die Volksgemeinschaft entstehen und wenn dadurch die Belange der nationalsozialistischen Gemeinschaftsordnung verletzt werden. Diese Fragen haben die höchsten Verwaltungsgerichte noch nicht eindeutig beantwortet.

Das Preuß. OVG. und das RG. vertreten die Ansicht, daß wohl verschiedene neuere Gesetze die Gewerbefreiheit stark eingeschränkt hätten, daß die Polizei aber bis zur formellen Aufhebung des in den §§ 1, 143 GewO. festgelegten Grundsatzes der Gewerbefreiheit grundsätzlich und allgemein zu Betriebsverboten nicht befugt sei. Das Thür. OVG., der Württ. und der Bad. Verwaltungsgerichtshof sowie das Sächs. OVG. bejahen die Zulässigkeit eines Betriebsverbots und gehen hierbei von folgenden Gesichtspunkten aus: Der Nationalsozialismus hat eine neue Auffassung sowohl von der Gewerbefreiheit als auch von der Polizei geschaffen. Der eingetretene Wandel ist bedingt durch die nationalsozialistischen Anschauungen vom Volk und seinen Aufbauelementen (Lebensgütern, Gemeinschaftswerten). Wenn es um den Bestand des Staates und seiner politischen und sozialen Lebensgrundlagen geht, muß die Polizei auch befugt sein, einen der Volksgemeinschaft schädlichen Betrieb zu untersagen

II. Die Entscheidungen höchster Verwaltungsgerichte über die Zulässigkeit polizeilicher Betriebsverbote.

Im Folgenden soll anhand der Rechtsprechung auf die oben aufgeworfenen Fragen über das Verhältnis von Gewerbefreiheit und Polizeigewalt näher eingegangen werden. Einige der Entscheidungen, die die Kurierfreiheit zum Gegenstand haben, sind allerdings inzwischen durch das Heilpraktikergesetz vom 17. Febr. 1939 (RGBl. I S. 251) überholt; sie haben jedoch im Hinblick auf die grundsätzlichen Ausführungen in der jeweiligen Begründung weiterhin ihren Wert behalten.

Die wichtigsten Streitfragen, die das Verhältnis von Gewerbefreiheit und Polizei betreffen, sind in dem am 4. 3. 1936 ergangenen Urteil des Thür. OVG.[1]) angeschnitten worden. Das OVG. hat darin die gegen einen Dentisten ausgesprochene Untersagung der Ausübung seiner Praxis durch die Polizei deshalb für zulässig erklärt, weil er durch seine Behandlungsweise (unzureichende Reinigung und Entkeimung der von ihm benutzten Instrumente) die Volksgesundheit gefährdete. In der Begründung wird ausgeführt, wenn bisher die Zulässigkeit eines polizeilichen Betriebsverbots, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht anerkannt worden sei, so habe hier eine von liberalen Anschauungen getragene Auslegung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit vorgelegen, die sich auf den liberalen Grundzug des Gesetzes (der Gewerbeordnung) stützte und von der aus ein Verbot eines Gewerbes unter allgemein-polizeilichen Gesichtspunkten nicht als statthaft erschien. Das Thür. OVG. vertritt unter Hinweis auf § 1 Abs. 2 des Steueranpassungsgesetzes vom 16. 10. 1934 und Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafverfahrens und der Gerichtsverfassung vom 28. 6. 1935 den Standpunkt, daß ältere Gesetze, deren Grundgedanken mit dem völkischen Rechtsdenken nicht mehr übereinstimmen, in einer dem eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauungen des Volkes entsprechenden, veränderten Bedeutung angewandt werden müssen. Die bisherige Auffassung, wonach ein polizeiliches Betriebsverbot unzulässig sei und auch ein Einschreiten aus allgemein-polizeilichen Gründen niemals zur tatsächlichen Unmöglichkeit der Ausübung eines Gewerbebetriebs führen dürfe, habe zwar der liberalen Wirtschaftsauffassung entsprochen, unter deren Herrschaft die Gewerbeordnung geschaffen worden sei, doch sei ein solches Verbot dort nicht ausdrücklich festgelegt. Weder aus § 1 noch aus § 143 GewO. lasse sich die Unzulässigkeit des polizeilichen Betriebsverbots unmittelbar entnehmen.

[1]) RVBl. 1936, S. 316 ff. = Dt. Verw. Bl. 1936, S. 239 ff.

Heute sei die Gewerbefreiheit nicht mehr aufzufassen als „ein Recht gegenüber dem Staat, das polizeilich nur beschränkt, aber nicht entzogen werden dürfe", sondern stelle sich vielmehr dar als „eine mit Pflichten verbundene Rechtsstellung des Gewerbetreibenden in der Gemeinschaft, die an der Pflicht zur Einfügung in die Gesamtordnung des deutschen Wirtschaftslebens ihre Begrenzung und Ausrichtung finde." [2]) In Anlehnung an die richtungweisenden Ausführungen Schmidt's [3]), wonach die Aufgaben der Polizei im Schutz der völkischen Gesamtordnung, der völkischen Lebensgüter (Ehre, Freiheit, Sittlichkeit, Leben, Volksgesundheit, Rassereinheit) und der im Volke ruhenden Gemeinschaftswerte besteht, erkennt das Thür. OVG. die Zulässigkeit der Untersagung eines Gewerbebetriebs mit folgenden Worten an, daß „dort, wo die Ausübung eines Gewerbes zu Schäden für das Volksganze führt, diese Betätigung vom Recht mißbilligt wird und demnach in Fällen, in denen nur durch eine Untersagung des Gewerbebetriebs die Gesamtheit wirksam geschützt werden kann, auch die polizeiliche Untersagung des Betriebs statthaft erscheint" [4]).

Auf Grund dieses erweiterten Polizeibegriffs und der gewandelten Bedeutung der Gewerbefreiheit kommt das Thür. OVG. zu dem Ergebnis, daß „die Polizei berechtigt war, gegen eine Person, die unter so groben Verstößen gegen grundlegende Gebote der Entkeimung der Instrumente, wie sie in diesem Fall festgestellt worden sind, ihre Heiltätigkeit ausübt, und von der wegen ihrer Unzuverlässigkeit eine Besserung auf Mahnungen und Strafen hin nicht zu erwarten war, auch mit der Untersagung weiterer Heilbehandlung einzuschreiten war, da dies das einzige Mittel bildete, die Volksgesundheit sicherzustellen" [5]).

Zum gleichen Ergebnis kommt der Württ. Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 17. Juni 1936 [6]) und der Bad. Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. Juni 1937 [7]). Beide Gerichte hatten die Zulässigkeit eines polizeilichen Verbots für die Ausübung der Heilkunde zu prüfen und bestätigten die vom Thür. OVG. vertretene Ansicht der Zulässigkeit einer solchen Anordnung.

Der Württ. Verwaltungsgerichtshof führt zur Begründung aus: „Die Gewerbefreiheit muß ihre Grenze jedenfalls da finden, wo sie zu Schäden und Nachteilen für die Volksgesundheit führen kann. Insoweit muß die Mißbilligung der gewerblichen Betätigung durch

[2]) Dt. Verw. Bl. 1936, S. 240 = RVBl. 1936, S. 317.
[3]) „Zielsetzung und Schranken der Polizeigewalt" RVBl. 1935, S. 833 ff.
[4]) [5]) Dt. Verw. Bl. 1936, S. 241 = RVBl. 1936, S. 317.
[6]) RVBl. 1936, S. 972 ff. = Württ. Zeitschr. f. Verw. u. RPfl. 1936, S. 153.
[7]) RVBl. 1937, S. 1048/49.

die Rechtsordnung angenommen werden. Diese Begrenzung geltend zu machen, ist Aufgabe der Polizei. Ihre Aufgabe, für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu sorgen und Störungen oder unmittelbar drohende Gefahren ihrer Störung abzuwehren, umfaßt heute die Wahrung der notwendigen Belange der nationalen Gemeinschaftsordnung und des völkischen Gemeinschaftslebens, soweit nicht in anderer Weise, namentlich durch besondere wirtschaftspolitische und berufsordnungsmäßige Regelungen die einzelnen Lebensgebiete gesichert sind." [8])

In ähnlichen Gedankengängen bewegt sich die Begründung der Entscheidung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs, in der ausgeführt wird: „Der Gerichtshof steht auf dem Standpunkt, daß auch, wenn der Grundsatz der Gewerbefreiheit i. S. der Gewerbeordnung heute noch in Kraft ist, dieser Grundsatz doch nicht dazu führen kann, daß unter seinem Schutz und unter Ausnutzung dieses Grundsatzes lebenswichtige Güter des deutschen Volkes schrankenlos gefährdet werden dürfen. Daß zu diesen schutzwürdigen Gütern vor allem auch die Volksgesundheit gehört, bedarf keiner weiteren Ausführung. Es kann vielmehr nicht als schlechthin unzulässig erachtet werden, — soweit nicht die Gewerbeordnung selbst oder andere Reichsgesetze besondere Voraussetzungen festgesetzt oder ein besonderes Verfahren für die Untersagung einer Berufsausübung vorgeschrieben haben — die Ausübung eines solchen, die Volksgesundheit gefährdenden Berufs oder Gewerbes durch einen Heilkundigen im Wege einer polizeilichen Verfügung auf Grund einer allgemeinen, der Polizei gegebenen Ermächtigung nicht nur als einstweilige Maßnahme oder bis zur Erfüllung etwaiger Bedingungen oder Auflagen zu verhindern, sondern nötigenfalls mit Dauerwirkung zu verbieten."

Das Urteil des Sächs. OVG. vom 23. Okt. 1936 [9]) ist der gleichen Auffassung, wie die vorher genannten Gerichte. Es verdient aber deshalb besondere Beachtung, weil in diesem Fall einem approbierten Zahnarzt (und nicht nur einem Dentisten oder Heilkundigen wie in den bisherigen Entscheidungen) die Fortführung seiner Praxis durch die Polizei untersagt wurde. In der Fortführung der Praxis des dem Morphinismus ergebenen Zahnarztes wurde eine unmittelbare Gefahr für die Patienten und damit eine Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens gesehen. Das Sächs. OVG. hat die Betriebsuntersagung folgendermaßen begründet: „Die herrschende Ansicht, daß die Gewerbefreiheit einem polizeilichen Betriebsverbot

[8]) Württ. Zeitschr. f. Verw. u. RPfl. 1936, S. 153.
[9]) RVBl. 1937, S. 181 ff. = ZAkDR. 1937, S. 121.

grundsätzlich entgegenstehe, entsprach der liberalen Wirtschafts- und Rechtsauffassung. Sie ist aber, wenn sie auch im Willen des Gesetzgebers gelegen haben mag, in der Gewerbeordnung nicht ausdrücklich festgelegt, und läßt sich weder aus § 1 noch aus § 143 GewO. zwingend herleiten. Sie ist vielmehr ausschließlich durch Auslegung der vorhandenen Bestimmungen nach der früher herrschend gewesenen allgemeinen Anschauung gewonnen." Das OVG. führt dann noch weiter aus, daß ältere Gesetze in einer dem Wandel der Anschauungen entsprechenden Bedeutung anzuwenden seien. Der Freiheit, ein Gewerbe zu betreiben, entspreche die Pflicht des Gewerbetreibenden zur gemeinschaftsmäßigen Führung seines Betriebs. Werde diese Pflicht gröblich verletzt, so könnten diejenigen Behörden, die berufen seien, die Belange der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen durchzusetzen, mit den Mitteln des polizeilichen Zwangs eingreifen und, wenn gelindere Mittel voraussichtlich keine Besserung des Zustandes herbeizuführen vermögen, auch den Betrieb untersagen. Auf Grund dieser Erwägungen hatte das OVG. gegen die Zulässigkeit eines Betriebsverbots keine grundsätzlichen rechtlichen Bedenken zu erheben. Das Sächs. OVG. setzt damit die bereits in seiner Entscheidung vom 18. Jan. 1935 [10]) eingeleitete Rechtsprechung: „Vielmehr ist der Betätigung jedes Einzelnen rechtlich die Grenze gesetzt, daß sie sich nicht mit den Belangen der Volksgemeinschaft in Widerspruch setzen darf" in dem Urteil vom 23. Okt. 1936 folgerichtig fort.

In einem weiteren Urteil des Sächs. OVG. vom 1. Sept. 1938 [11]) handelt es sich um die Schließung eines Friseurladens durch die Gesundheitsbehörde wegen Unsauberkeit. In dieser Entscheidung wird auf das Urteil vom 23. Okt. 1936 verwiesen und dazu gesagt, daß in ihr zwar als äußerstes Mittel die polizeiliche Untersagung des Betriebs für statthaft erklärt worden sei, daß hierin aber nicht die Entziehung der Gewerbebefugnis selbst liege. Deshalb seien auch die Hinweise auf § 1, 143 GewO. und auf die Gewerbefreiheit in jener Entscheidung so zu verstehen, daß auch durch eine andere Stelle als die zuständige Gewerbebehörde oder aus anderen als den durch Reichsgesetz bestimmten Gründen die Gewerbebefugnis selbst entzogen werden könne. Wenn kürzlich das Reichsgericht (Urteil vom 28. 4. 1936) [12]) es für statthaft erklärt habe, daß aus allgemeinpolizeilichen Gründen die Ausübung des Betriebs tatsächlich unmög-

[10]) RVBl. 1935, S. 117 ff. (119).
[11]) RVBl. 1938, S. 1008 ff.
[12]) JW. 1936, S. 2542/43.

lich gemacht werden könne, so decke sich dies im Ergebnis mit der Entscheidung vom 23. Okt. 1936[13]), wie sie nach den obigen Ausführungen zu verstehen sei. Nach den tatsächlichen Feststellungen (Unsauberkeit) sei der Laden aus gesundheitspolizeilichen Gründen zu Recht geschlossen worden, während andererseits dem Kläger nicht verwehrt worden sei, sein Gewerbe auch weiterhin in den Wohnungen der Kunden auszuüben. Gelinge dem Kläger die Abstellung der gerügten Mängel, und könne er den Nachweis erbringen, daß er willens und in der Lage sei, auch künftig für peinliche Sauberkeit der Betriebsstätte zu sorgen, so sei er an der Wiederaufnahme des Gewerbes auch im Laden nicht behindert. Insgesamt sei also zu sagen, daß eine Untersagung des Gewerbes als solcher gar nicht erfolgt sei und die polizeiliche Verfügung auch nicht gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit verstoßen habe. Danach unterscheidet also das Sächs OVG., wie es dies noch an anderer Stelle deutlich hervorhebt, zwischen der (unzulässigen) Untersagung des Gewerbes schlechthin und der (nach ihm u. U. zulässigen) Schließung der Betriebsstätte.

Im Gegensatz zu den bisher angeführten Ansichten stehen die Entscheidungen des Preuß. OVG. und des RG.

Bei der Rechtsprechung des Preuß. OVG. ist festzustellen, daß sie sich im Laufe der Zeit davon abgewandt hat, auch eine zeitweilige Ausübungsbeschränkung für unzulässig zu erachten. In der Entscheidung vom 4. Febr. 1926[14]) hat sich das OVG. dahingehend ausgesprochen, daß angesichts der §§ 1, 143 GewO. nur vorübergehende Maßnahmen seitens der Polizei ergriffen werden dürfen. Dasselbe sagt das OVG. in seiner Entscheidung vom 29. Nov. 1928[15]), worin zwar die sofortige Schließung des Betriebs als geeignetes Mittel angesehen wird, wenn nach Lage der Dinge ein sofortiges und wirksames Eingreifen geboten ist. Doch ist auch die Schließung in solchen Fällen stets nur als eine gegen die Ausübung des Gewerbebetriebs sich richtende Maßnahme von vorübergehender Dauer und nicht als Untersagung des Gewerbebetriebs in der Weise gedacht, daß eine Wiederaufnahme des Betriebs überhaupt unmöglich sein sollte. An diesem Standpunkt hat das Preuß. OVG. auch in seinem Urteil vom 22. Febr. 1934[16]) ausdrücklich festgehalten. In diesem Fall, bei dem es sich um die polizeiliche Schließung einer Speisewirt-

[13]) Sächs. OVG. RVBl. 1937, S. 181 ff.
[14]) Preuß. Verw. Bl. Bd. 47, S. 299.
[15]) Gew. Arch. Bd. 26, S. 486 ff.
[16]) OVG. Bd. 92, S. 99 ff.

schaft handelte, hat das Preuß. OVG erklärt, daß die Polizei aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berechtigt sei, Maßnahmen vorübergehender Art zu ergreifen. Diese werden auch dann für zulässig erachtet, wenn sie praktisch bewirken, daß die weitere Ausübung des Gewerbebetriebs unmöglich werde; denn niemand sei berechtigt, ein freies Gewerbe so zu betreiben, daß daraus Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstünden.

Das Preuß. OVG. hat sich in seiner Entscheidung vom 4. Okt. 1934 [17]) erneut mit der Zulässigkeit polizeilicher Betriebsverbote befaßt und festgestellt, daß die Befugnisse der Polizei keineswegs so weit reichen, den Betrieb eines freien Gewerbes ohne weiteres durch Verfügung überhaupt zu untersagen. Auch im Urteil vom 2. April 1936 [18]) hat das OVG. im Anschluß an seine bisherige Stellungnahme zur Frage der Untersagung von Gewerbebetrieben ein diesbezügliches Recht der Polizei nicht anerkannt.

Die Urteile des Preuß. OVG. vom 1. Okt. 1936 [19]) und vom 8. Okt. 1936 [20]) sind deshalb von besonderer Bedeutung, weil darin bereits die Gründe der Entscheidung des Thür. OVG. vom 4. März 1936 [21]) und damit auch die des Württ. Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 1936 [22]) verarbeitet sind. Im Gegensatz zu diesen Gerichten verneint das Preuß. OVG. die Zulässigkeit eines polizeilichen Betriebsverbots trotz der gewandelten Auffassung des in den §§ 1, 143 GewO. festgelegten Grundsatzes der Gewerbefreiheit.

In seinem Urteil vom 1. Oktober 1936 [23]) hat das Preuß. OVG. seine Ausführungen aus der Entscheidung vom 22. Febr. 1934 [24]) im wesentlichen übernommen und fährt dann fort: „An diesem Standpunkt ist festzuhalten. Es ist zwar richtig, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit durch die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates im Interesse des Volksganzen in hohem Maße eingeschränkt worden ist, sodaß er das deutsche Wirtschaftsleben nicht mehr beherrscht. Die §§ 1, 143 GewO. sind aber bisher nicht beseitigt worden, und es kann nicht zugegeben werden, daß die Bestimmung des § 143 GewO. hinsichtlich ihres Inhalts irgend welche Zweifel zuläßt. Sie ist klar ein eindeutig. Gerade aber aus dem Umstand, daß die Gesetzgebung im Dritten Reich davon Abstand genommen hat, die

[17]) JW. 1935, S. 2094 ff.
[18]) Gew. Arch. Bd. 34, S. 302.
[19]) RVBl. 1937, S. 344, Nr. 5.
[20]) JW. 1937, S. 1031 ff.
[21]) RVBl. 1936, S. 316 ff.
[22]) Württ. Zeitschr. f. Verw. u. RPfl. 1936, S. 153 = RVBl. 1936, S. 972 ff.
[23]) RVBl. 1937, S. 344.
[24]) OVG. Bd. 92, S. 99 ff.

§§ 1, 143 GewO. aufzuheben, vielmehr, um ihr Ziel auf wirtschaftlichem Gebiet zu erreichen, den in § 1 Abs. 1 GewO. vorgesehenen Weg des Erlasses von besonderen Gesetzen für die einzelnen Gebiete beschritten hat, folgt zwingend, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die §§ 1, 143 GewO. vorderhand als solche nicht beseitigt sind, sondern soweit gesetzliche Einschränkungen noch nicht erfolgt sind, in Geltung bleiben sollen. Überdies wären auch, wollte man der Polizei die Befugnis der Gewerbeuntersagung zusätzlich und allgemein zusprechen, alle diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, nach denen die Untersagung von Gewerbebetrieben oder die Zurücknahme der Erlaubnis bestimmten Formen unterworfen ist, überholt, veraltet und teilweise außer Kraft gesetzt. Die Aufhebung und Änderung von Gesetzen ist aber nicht Aufgabe des Richters, vielmehr steht das Gesetzgebungsrecht allein dem Führer zu."

In der Entscheidung vom 8. Okt. 1936[25]), in der es sich um die Untersagung des Gewerbes eines Heilkundigen handelte, hatte die Vorderinstanz auf Grund der Bestimmung des § 6 GewO. das Einschreiten der Polizei gem. § 14 PVG. für rechtmäßig erachtet. Dem hat das OVG. nicht widersprochen, aber doch darauf hingewiesen, daß, wie schon im Urteil vom 22. Febr. 1934 ausgeführt sei, die Polizei zwar einstweilige Maßnahmen ergreifen dürfe, die sogar bis zur Unmöglichkeit der Betriebsausübung gehen könnten, daß aber eine dauernde Untersagung des Betriebs nicht zulässig sei. Die nähere Begründung der Entscheidung ist im wesentlichen die gleiche wie im Urteil vom 1. Okt. 1936 und im Ergebnis stellt das OVG. fest, daß an dem früheren Standpunkt festzuhalten sei. Die §§ 1, 143 GewO. seien noch gültig und die Polizei sei infolge der in diesen Paragraphen gewährleisteten freien Gewerbeausübung nur wegen der jeweils festgestellten, einzelnen Verstöße gegen gesetzliche oder polizeiliche Normen zum Einschreiten berechtigt. Weitergehende Maßnahmen seien nur im Falle dringender Gefahr zulässig und dürften nur von vorübergehender Dauer sein. Die zur Abwehr konkreter polizeilicher Gefahren bezügl. der Art und Weise der Ausübung eines freien Gewerbebetriebs ergriffenen polizeilichen Maßnahmen seien auch dann rechtmäßig, wenn sie praktisch bewirkten, daß die weitere Ausübung des Gewerbebetriebs unmöglich gemacht werde. Zu einem Verbot des Gewerbebetriebs sei die Polizei aber nicht befugt.

Auch in seiner neuesten Entscheidung vom 16. Dez. 1937[26]) hält das Preuß. OVG. an der bisherigen Rechtsprechung fest und vertritt

[25]) JW. 1937, S. 1031 ff.
[26]) JW. 1938, S. 988 ff. = RVBl. 1938, S. 517.

weiterhin den Standpunkt, daß eine Ausdehnung der Polizeigewalt über den § 14 PVG. hinaus einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfe. Aus diesem Grunde sei eine polizeiliche Verfügung, die inhaltlich die Untersagung ausspreche, nicht rechtsgültig, wobei es nicht darauf ankomme, daß nicht die Ausübung jeglicher Gewerbetätigkeit verboten werde. Das OVG. beschäftigt sich dann auch noch mit der Ansicht von Krüger, die er in seinem Aufsatz „Recht und Gesetz“ [27]) bezüglich der Gewerbetätigkeit im heutigen Staat vertreten hat. Krüger geht davon aus, daß die geschriebene und ungeschriebene Lebensordnung eines Volkes ein unlöslicher Bestandteil des Rechts, und eine in diesen Grenzen sich bewegende und nach diesem Ziel ausgerichtete Verwaltung Rechtserfüllung im wahrsten Sinne sei. Unter Zugrundelegung des nach nationalsozialistischer Weltanschauung gültigen Satzes, daß Recht sei, was der Volksgemeinschaft nütze, und Unrecht, was ihr schade, kommt Krüger zu dem Schluß, daß der Rechtssatz von der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ durch den von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ ersetzt sei. Davon läßt sich das OVG. jedoch nicht überzeugen und meint, wenn Krüger auf Grund dieser Gedankengänge und in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Thür. OVG. in dessen Urteil vom 4. 3. 1936 unter Preisgabe der bisherigen Auslegung des § 143 GewO. ein Betriebsverbot für zulässig erachte, so gäben diese Ausführungen keinen Anlaß zur Abänderung des Standpunkts des OVG. Das OVG. sagt dann noch weiter, daß eine staatliche und zumal weltanschaulich tief begründete Umwälzung dazu führen könne, Vorschriften des positiven Rechts, insbesondere Grundrechte der Verfassung ohne weiteres außer Kraft zu setzen, wenn sie mit der Neuordnung der staatlichen Verhältnisse unvereinbar seien. Dies sei wohl allgemein anerkannt, treffe aber für § 1 GewO. nicht zu. Aus den von der Gesetzgebung geregelten Einzelfällen, durch die der Kreis der genehmigungspflichtigen Gewerbe erweitert worden sei und die auch die Möglichkeit einer völligen Betriebsuntersagung ergäben, könne nicht gefolgert werden, daß der in § 1 GewO. ausgesprochene Grundsatz vom Gesetzgeber überhaupt aufgegeben oder mit der völkischen Rechtsauffassung grundsätzlich unvereinbar sei. Aus demselben Grund verneint das OVG. auch eine Eingriffsmöglichkeit der Polizei entgegen der bestimmten Vorschrift des § 143 GewO., die ihrer ganz klaren Fassung nach eine von der bisherigen abweichende Auslegung gar nicht gestatte. Das OVG. hält daran fest, daß die Durchsetzung einer neuen Auffassung von den Aufgaben und Rechten der Polizei,

[27]) Dt. Verw. 1937, S. 203 ff.

soweit sie den Rahmen einer Auslegung des geltenden Rechts i. S. der nationalsozialistischen Weltanschauung überschreite, allein dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Der Standpunkt von Krüger habe auch unter dem Gesichtspunkt des Nutzens für die Volksgemeinschaft erhebliche Bedenken. Eine so weit gehende Befugnis der Verwaltungsbehörden und des Richters, den Boden geltender Gesetze zu verlassen, müsse die Rechtssicherheit erschüttern und ernste Gefahren für die Allgemeinheit zur Folge haben.

Dieselbe Ansicht hat das Reichsgericht vertreten und in seinem Urteil vom 28. April 1936[28]) festgestellt, daß nach den Bestimmungen der §§ 1, 143 GewO. die „Zulassung" zum Gewerbebetrieb freigegeben sei, daß aber die Art und Weise der „Ausübung" des Gewerbes allen im Interesse des allgemeinen Wohls erlassenen und erforderlich werdenden Vorschriften der Sicherheits-, Feuer-, Gesundheits- und Sittenpolizei unterworfen sei. Diese Anwendung allgemein-polizeilicher Vorschriften auf die Ausübung eines Gewerbes könne dazu führen, daß die eine gewisse Ausübung untersagende polizeiliche Regelung den Betrieb von vornherein tatsächlich unmöglich mache. Dies treffe regelmäßig in den Fällen zu, in denen die beabsichtigte Art und Weise der Ausübung des Gewerbebetriebs von Anfang an den erwähnten Vorschriften zuwiderlaufen müßte, dem Gewerbetreibenden aber nach den obwaltenden Verhältnissen eine wirksame Abhilfe auf Zeit oder dauernd nicht möglich sei. Es sei hierbei daran gedacht, daß z. B. Räume, in denen das Gewerbe betrieben werden soll, den bestehenden sicherheits- oder gesundheitspolizeilichen Anforderungen nicht genügen und geeignete, den Vorschriften entsprechende Räume nicht zur Verfügung stehen. In solchen Fällen brauche die Polizei mit ihrem Einschreiten nicht erst die Eröffnung des geplanten Gewerbebetriebs abzuwarten, um dann seine Ausübung zu verbieten, sondern sie könne durch das Verbot der Eröffnung im Hinblick auf die beabsichtigte Art und Weise die Ausübung von Anfang an untersagen, sodaß die Zulassung als solche dann freilich keine Wirkung mehr zu erzeugen vermöge. Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit sieht das Reichsgericht darin nicht, „da hier ja die Ausübung des Gewerbes nur zeitlich beschränkt werde, und zwar so lange, als nämlich die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung fortdauere."[29])

---

[28]) JW. 1936, S. 2542/43 = RVBl. 1937, S. 143.
[29]) JW. 1936, S. 2543.

III. Besprechung und Auswertung der höchstrichterlichen Entscheidungen.

Als Zusammenfassung ergibt sich für die Lösung der Frage, ob die unmittelbare „Untersagung" oder die bis zur Stillegung gehende „Beschränkung" der gewerblichen Betriebsausübung nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung das geeignete Mittel zum Schutz der Volksgemeinschaft ist, folgendes Bild:

Die Entscheidungen des Preuß. OVG. vor 1933 sprechen sich alle dahingehend aus, daß die Polizei auf Grund der §§ 1, 143 GewO. einen Gewerbebetrieb in seiner Ausübung „beschränken", aber nicht „untersagen" kann. Es sollen nur vorübergehende Maßnahmen seitens der Polizei möglich sein, die jedoch auch zur völligen Schließung führen können, sofern dies in Anbetracht eines sofort notwendigen und wirksamen Eingreifens als richtig erachtet wird. Einer dauernden Untersagung des Gewerbebetriebs dürfe diese Maßnahme jedoch nicht gleichkommen, da die als vorübergehend gedachte Schließung sich nicht als dauernde Untersagung des Gewerbebetriebs auswirken soll. Wenn die das Eingreifen der Polizei rechtfertigenden Umstände weggefallen sind, soll eine Wiederaufnahme des Betriebs möglich sein.

In den nach 1933 ergangenen Entscheidungen vertritt das Preuß. OVG. immer noch diesen Standpunkt. Bemerkenswert ist jedoch die schon früher dargestellte Erweiterung, die sich darin zeigt, daß vorübergehende polizeiliche Maßnahmen selbst dann für zulässig erachtet werden, wenn sie praktisch die weitere Ausübung des Gewerbebetriebs unmöglich machen[30]). Hierbei weist allerdings das Preuß. OVG. darauf hin, daß dies kein „Verbot" des Gewerbebetriebs als solchem sei, da einer derartigen Anordnung die §§ 1, 143 GewO. entgegenstünden. Dieser Standpunkt wird von dem Preuß. OVG. in allen Entscheidungen bis in die neueste Zeit ohne Abänderung vertreten und der Polizei das Recht zugestanden, in entsprechenden Fällen die Fortführung des Betriebs durch weitgehendste Auflagen zu unterbinden.

Auch die außerpreußischen Oberverwaltungsgerichte (Thüringen, Sachsen, Württemberg, Baden) haben in ihren nach 1933 ergangenen Entscheidungen zwischen der „Untersagung" bzw. dem „Verbot" eines Gewerbebetriebs und der u. U. sehr weitgehenden „Ausübungsbeschränkung" unterschieden; sie haben aber unter Ablehnung des Standpunkts des Preuß. OVG. der Polizei die unmittelbare Befugnis zur Untersagung zugestanden. So hält das Thür. OVG. eine An-

[30]) Urteil vom 22. Febr. 1934 = OVG. Bd. 92, S. 99 ff.

wendung des stärksten und wirksamsten Mittels, nämlich der „Untersagung" des Gewerbebetriebs dann für gerechtfertigt, wenn zu erwarten ist, daß Mahnungen und Strafen keine Besserung herbeiführen werden. (Urteil vom 4. März 1936 [31]).) Desgleichen erachtet das Sächs. OVG. eine Betriebsuntersagung dann für statthaft, wenn gelindere Mittel voraussichtlich keine Besserung zur Folge haben werden. (Urteil vom 1. September 1938.) [32]) Auch der Bad. Verwaltungsgerichtshof spricht davon, daß es nicht als schlechthin unzulässig erachtet werden könne, die Ausübung eines die Volksgesundheit gefährdenden Berufs durch einen Heilkundigen seitens der Polizei nicht nur als einstweilige Maßnahme oder bis zur Erfüllung etwaiger Bedingungen und Auflagen zu verhindern, sondern nötigenfalls mit Dauerwirkung zu verbieten. (Urteil vom 29. Juni 1937 [33]).)

Wenn man die Ergebnisse dieser Entscheidungen vergleicht, glaubt man auf den ersten Blick feststellen zu können, daß die Ansichten der beiden Gruppen von obersten Verwaltungsgerichten nicht weit auseinanderliegen. Bei näherer Untersuchung stellt sich aber heraus, daß zwischen der polizeilichen „Beschränkung der Ausübung" eines Gewerbes, die sogar u. U. die Fortführung oder Wiederaufnahme des Betriebs unmöglich macht, und einer „Untersagung der Ausübung" schlechthin ein großer Unterschied besteht. Denn bei der Erteilung von polizeilichen Auflagen, die u. U. bei besonders gelagerten Fällen zu einer tatsächlichen Verhinderung der Betriebsausübung führen, kann der Gewerbetreibende mit seinem Gewerbe zu dem Zeitpunkt wieder beginnen, in dem der polizeiwidrige Zustand, der zum Einschreiten Anlaß gab, aufgehoben ist. Wird jedoch eine dauernde Untersagung durch die Polizei ausgesprochen, so hat der Gewerbetreibende keine Möglichkeit, seinen Betrieb je einmal wieder zu eröffnen. Der Unterschied zwischen „Untersagung" und „Ausübungsbeschränkung" besteht letzten Endes darin, daß die erstere Maßnahme eine Dauerwirkung erzielt, während bei der letzteren der Eingriff der Polizei dann aufhören muß, wenn die die Allgemeinheit gefährdenden Umstände weggefallen sind. Man kann hier einwenden, daß Polizeiverfügungen oft nur mit der clausula rebus sic stantibus gelten, daß sie also abzuändern oder aufzuheben sind, wenn die ihr zu Grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse sich geändert haben. Dazu ist zu sagen, daß eine Änderung oder Aufhebung meist sehr schwer zu erreichen ist, da der Nachweis für den ordnungsmäßigen Zustand nicht immer leicht ist und an die Wiedereröffnung

[31]) RVBl. 1936, S. 316.
[32]) RVBl. 1938, S. 1008 ff.
[33]) RVBl. 1937, S. 1048/49.

eines früher durch die Polizei geschlossenen Betriebs besondere Anforderungen gestellt werden.

Wenn wir uns im klaren sind, daß der Zweck des Eingreifens der Polizei in Gewerbebetriebe immer darin besteht, die Volksgemeinschaft und ihre politischen und sozialen Lebensgrundlagen zu schützen und von ihr die Auswirkungen der Betätigung gemeinschädlicher Gewerbebetriebe abzuhalten, so kommt es jeweils darauf an, mit welchen Mitteln und Maßnahmen und auf welcher Rechtsgrundlage dieser Zweck erreicht werden kann. Wenn die Mittel und Maßnahmen verschieden sind, so erhebt sich die Frage, ob das durch sie erreichte Ergebnis das gleiche ist. Wird durch verschiedene polizeiliche Eingriffe die gleiche praktische Wirkung erzielt, so ist es besser und der Rechtssicherheit dienlicher, das gesetzlich verankerte Verfahren anzuwenden, als sich durch eine mit dem Gesetz selbst kaum noch vereinbare Auslegung und durch Verwendung ähnlicher wissenschaftlicher Ergebnisse zu helfen.

Zum Schutz der Volksgemeinschaft stehen der Polizei zwei Eingriffsmöglichkeiten zur Verfügung, mit denen sie gegen Gewerbetreibende einschreiten kann:

1. Die Untersagung, die sie unter Außerachtlassung der heute noch geltenden Vorschriften der GewO. und Erweiterung der polizeilichen Befugnisse aussprechen kann, und

2. die Ausübungsbeschränkung, die durch gesetzlich rechtmäßige Auflagen ohne Verletzung der Bestimmungen der Gewerbeordnung und des Polizeirechts zu erreichen ist.

Daß die durch eine polizeiliche „Untersagung" eines Gewerbebetriebs und die durch polizeiliche Auflagen u. U. bis zur unmöglichen Ausübung gehende „Beschränkung" eines Gewerbebetriebs letzten Endes die gleiche Wirkung hat und denselben Zweck erfüllt, soll durch Herausstellung der dafür wichtigen Punkte in den seit 1933 ergangenen Entscheidungen der beiden Gruppen oberster Verwaltungsgerichte selbst gezeigt werden.

Im Urteil des Thür. OVG. vom 4. 3. 1936 [34]) wird hierzu folgendes ausgeführt: „Die Polizei hat zwar, wenn sie die Abstellung von Polizeiwidrigkeiten durch Mahnungen oder Strafen erreichen kann, durch diese Mittel auf die Beseitigung der Gefahr hinzuwirken, darf aber nicht einen Betrieb als polizeiwidrig untersagen. Wenn aber zu erwarten ist, daß auch Mahnungen oder Strafen eine Besserung des Zustandes nicht herbeiführen, so wäre es nicht angebracht, der Polizei aufzuerlegen, zunächst mit Mahnungen oder

[34]) RVBl. 1936, S. 316.

Strafen einzugreifen. In solchen Fällen ist sie vielmehr berechtigt, das stärkste und wirksamste Mittel, nämlich die Untersagung, anzuwenden.

Auch der Bad. Verwaltungsgerichtshof begründet in dem Urteil vom 29. Juni 1937 den Standpunkt, daß nicht nur eine einstweilige Verhinderung der Ausübung, sondern ein Verbot mit Dauerwirkung zulässig sei, mit folgenden Worten: „Es kann nicht als schlechthin unzulässig erachtet werden, die Ausübung eines die Volksgesundheit gefährdenden Berufes oder Gewerbes (durch einen Heilkundigen) im Wege einer polizeilichen Verfügung auf Grund einer allgemeinen, der Polizei gegebenen Ermächtigung nicht nur als einstweilige Maßnahme oder bis zur Erfüllung etwaiger Bedingungen zu verhindern, sondern nötigenfalls mit Dauerwirkung zu verbieten." [35])

Im Gegensatz hierzu erachtet das Preuß. OVG. eine Untersagung oder ein Verbot eines Gewerbebetriebs wegen Verstoßes gegen die §§ 1, 143 GewO. nicht für zulässig, spricht sich aber doch dahingehend aus, daß die Polizei aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berechtigt sei, Maßnahmen vorübergehender Art zu ergreifen. Diese sollen auch dann rechtmäßig sein, wenn sie praktisch bewirkten, daß die weitere Ausübung des Gewerbebetriebs unmöglich werde. Denn niemand sei berechtigt, ein freies Gewerbe so zu betreiben, daß daraus Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstünden (Urt. vom 22. Febr. 1934). Diese Ansicht findet sich auch in den späteren Entscheidungen des OVG. vom 1. und 8. Okt. 1936, in denen immer wieder auf die Tatsache hingewiesen wird, daß die §§ 1, 143 GewO. nach dem Willen des Gesetzgebers noch nicht beseitigt sind, weshalb eine „Untersagung" schlechthin nicht zulässig, wohl aber polizeiliche Maßnahmen auch dann rechtmäßig sein sollen, wenn sie die Fortführung des Betriebs tatsächlich unmöglich machen. Erneut hat das Preuß. OVG. in seinem Urteil vom 16. Dez. 1937 die Unzulässigkeit einer polizeilichen Betriebsuntersagung betont. Diese Entscheidung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil es sich darin um die Weitergeltung der §§ 1, 143 GewO. handelt. Unter Ablehnung der Ansicht Krügers, der an Stelle der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" die „Rechtmäßigkeit der Verwaltung" setzen will, wird in dem Urteil darauf hingewiesen, daß nach der klaren Vorschrift des § 143 GewO. daran festzuhalten sei, daß die Durchsetzung einer neuen Auffassung von den Aufgaben und den Rechten der Polizei, soweit sie den Rahmen einer Auslegung des geltenden Rechts im Sinne der nationalsozialistischen Welt-

[35]) RVBl. 1937, S. 1049.

OVG. kommt deshalb auch in diesem Urteil zu dem Schluß, daß aus diesen Gründen ein Betriebsverbot als unzulässig zu erachten sei, dagegen aber, wie das OVG. wiederholt ausgesprochen habe, die Polizei Auflagen machen könne, und zwar so weitgehende, daß die weitere Ausübung unmöglich gemacht werde.

Aus der Stellungnahme der beiden Gruppen von obersten Verwaltungsgerichten zur Frage der Zulässigkeit einer polizeilichen Betriebsuntersagung geht hervor, daß sie sich darüber einig sind, daß ein Gewerbetreibender sein Gewerbe nicht so betreiben darf, daß dadurch Gefahren für die Allgemeinheit oder, wie § 14 PVG. sagt, die „öffentliche Sicherheit und Ordnung" entstehen. Ist dies aber der Fall und erfordern die vorliegenden Beeinträchtigungen ein sofortiges wirksames Eingreifen durch die Polizei, so ist dies unter Berufung auf § 14 PVG. gerechtfertigt. Denn unter allen Umständen muß der Schutz der Volksgemeinschaft und ihrer politischen und sozialen Lebensgrundlagen gewährleistet sein. Dies kann aber sowohl durch die Untersagung eines Gewerbebetriebs als auch durch polizeiliche Auflagen oder Ausübungsbeschränkungen erreicht werden. Hierbei ist aber besonders zu beachten, daß eine „Untersagung" nur unter Verneinung der Weitergeltung der §§ 1, 143 GewO. und des in ihr festgelegten Grundsatzes der Gewerbefreiheit möglich ist. Wenn auch zugegeben werden muß, daß die genannten Bestimmungen heute nicht mehr den Zweck haben können, die staatliche Gewalt im Interesse eines der nationalsozialistischen Weltanschauung widersprechenden subjektiven öffentlichen Rechts des Gewerbetreibenden zu binden, so sind sie, da von der Gesetzgebung noch nicht aufgehoben oder durch andere Bestimmungen ersetzt, als weiterhin gültig zu betrachten. Denn es läßt sich nicht darüber hinwegsehen, daß § 143 GewO. eindeutig bestimmt, daß die Berechtigung zum Gewerbebetrieb nur dann durch richterliche oder administrative Entscheidung entzogen werden kann, wenn dies reichsgesetzlich vorgeschrieben ist. Eine Polizeiverfügung ist aber eine solche administrative Entscheidung. Ebenso ist das Verbot der weiteren Gewerbeausübung eine Entziehung der Gewerbeberechtigung i. S. des § 143 GewO. Da die ein Betriebsverbot aussprechende Polizeiverfügung in den landesgesetzlichen Bestimmungen der §§ 14, 41 PVG. bzw. den „Allgemeinermächtigungen", wie sie in den Ländern mit Gewohnheitsrecht gelten, ihre rechtliche Grundlage hat, ist sie demgemäß als unzulässig zu erachten. Dagegen verdient eine u. U. bis zur völligen Stillegung gehende Beschränkung der Gewerbeausübung, wie sie das Preuß. OVG. zum Schutz der Allgemeinheit für richtig hält, deshalb eher den Vor-

anschauung überschreite, allein dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Das zug, weil sie bei derselben Zielsetzung unter Wahrung der gesetzlichen Vorschriften und des Grundsatzes der Gewerbefreiheit die gleiche praktische Wirkung wie die völlige Untersagung erzeugt.

Grundsätzlich läßt ja das Preuß. OVG. nur eine „vorübergehende" oder „einstweilige" Ausübungsbeschränkung zu, die aber so lange andauern kann, bis der polizeiwidrige Zustand aufgehoben ist und die das Einschreiten der Polizei rechtfertigenden Umstände fortgefallen sind. Eine „einstweilige Ausübungsbeschränkung" bietet für die Volksgesamtheit die gleiche Sicherheit wie eine „Untersagung", da das Verbot vor Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht aufgehoben wird. Dies kann u. U. sehr lange gehen und kommt in dem Falle der unmittelbaren Untersagung gleich, wenn der für die Volksgemeinschaft gefährliche und polizeiwidrige Zustand überhaupt nicht beseitigt werden kann. Damit fände auch der vom Bad. Verwaltungsgerichtshof in der oben angeführten Entscheidung vom 29. Juni 1936 gegebene Fall eine Lösung, die den gesetzlichen Erfordernissen der §§ 1, 143 GewO. und dem Grundsatz der Gewerbefreiheit gerecht werden würde[36]). Es wurde vom Bad. Verwaltungsgerichtshof, wie oben schon eingehend ausgeführt, ein Verbot mit Dauerwirkung als einzig richtiges Mittel deshalb erachtet, weil es sich um die Ausübung eines die Volksgesundheit besonders schwer gefährdenden Berufs eines geisteskranken Heilkundigen handelte. Ohne aber die gesetzliche Grundlage zu verlassen und ohne Aufgabe des Grundsatzes der Gewerbefreiheit kann mit Hilfe der Ansicht des Preuß. OVG. die Volksgemeinschaft in gleichem Maße durch eine Ausübungsbeschränkung geschützt werden. Wenn jemand an unheilbarer Geisteskrankheit leidet, so ist die Polizei jederzeit befugt, ihren polizeilichen Maßnahmen Dauerwirkung zu verleihen. Man wird damit auch dem Standpunkt des Bad. Verwaltungsgerichtshofs gerecht, der in seiner Entscheidung darauf hinweist, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht bewirken dürfe, daß unter seinem Schutze und unter Ausnutzung dieses Grundsatzes lebenswichtige Güter des deutschen Volkes schrankenlos gefährdet werden dürfen. Dieser Weg führt nicht zur Durchbrechung oder gar zur Aufhebung der §§ 1, 143 GewO. und des Grundsatzes der Gewerbefreiheit und wird zudem den Erfordernissen des nationalsozialistischen Staates genau so gerecht, wie ein unmittelbares Verbot der Gewerbeausübung.

---

[36]) Übereinstimmend mit Schack RVBl. 1939, S. 328.

Schlußbemerkung.

In der vorliegenden Arbeit wurde der Versuch unternommen, anhand der neuesten Veröffentlichungen in Schrifttum und Rechtsprechung ein Thema zu bearbeiten, das wie selten ein Rechtsgebiet im Umbruch begriffen ist und einer Neugestaltung und Neufassung gewärtig sein muß.

Gewerberecht und Polizeirecht stehen in engem rechtlichen Zusammenhang. Wo es sich um die Errichtung oder Ausübung von gewerblichen Betrieben handelt, sind immer mehr oder weniger große Eingriffsmöglichkeiten der Polizei gegeben. Die Entwicklung des nationalsozialistischen Staates auf wirtschaftlichem Gebiet hat die heute gültige „Wirtschaftsordnung" hervorgebracht. Aus der Überordnung der im Staat zusammengefaßten Volksgesamtheit über alles andere ergibt sich der Anspruch des Staates auf die Totalität der Führung in der Wirtschaft. Das Wirtschaftsrecht des nationalsozialistischen Staates ist mit dem Gewerberecht des liberalen Staates nicht mehr zu vergleichen, weil es viel umfassender und vielseitiger ist. Die nationalsozialistische Staatsführung ist auf wirtschaftlichem Gebiet nicht mehr nur Träger der Polizeigewalt zum Zwecke der Verhütung polizeiwidriger Zustände, sondern sie erhebt ohne Einschränkung den Anspruch auf die Führung in der Gesamtwirtschaft.

Die frühere Beschränkung der Staatsgewalt in der Wirtschaft auf die polizeiliche „Gefahrenabwehr" kann im nationalsozialistischen Staat keine Gültigkeit mehr haben. Für „Gewerbefreiheit" in diesem Sinne ist kein Raum mehr vorhanden. Aus dem Führungsanspruch des nationalsozialistischen Staates auf dem Gebiete der Wirtschaft ergibt sich, daß es eine wohlfahrtspolizeiliche Regelung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Sinne des Polizeistaats nicht mehr geben kann. Doch ist jedem Unternehmer und Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt, sich nach seinen eigenen Lebensgesetzen frei zu entwickeln. Bedingung ist aber, daß er hierbei innerhalb der ihm durch die Ziele des Staates und der Volksgesamtheit gesetzten Bindungen bleibt.

In diesem veränderten und wesentlich engeren Raum können wir also die Gewerbefreiheit auch heute noch anerkennen. Sie findet aber ihre Grenzen nicht mehr in den Polizeiaufgaben des Staates, sondern heute sind es vor allem wirtschaftliche Maßnahmen, die die Beschränkungen der Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat angeben.

Die im Schrifttum aufgestellten Grundsätze über das nationalsozialistische Wirtschafts- und Polizeirecht und ihre wechselseitigen Beziehungen sollten mehr und mehr auch Eingang in die Rechtsprechung finden und eine gleichartige Lösung aller diesbezüglichen Fragen ermöglichen. Denn die Entscheidungen über die „Untersagung" und „Beschränkung" von Gewerbebetrieben durch die Polizei sind sehr uneinheitlich und in den einzelnen Ländern so verschieden, daß sie keineswegs den Zielen und Zwecken der autoritären Staatsführung und dem totalen Führungsanspruch des Staates auf dem Gebiete der Wirtschaft entsprechen. Um dem Streit der Meinungen ein Ende zu machen, ist ein baldiger Eingriff des Gesetzgebers erwünscht.

Schrifttum.

Bornhak, Preuß. Staatsrecht, 2. Aufl. 1911.

Bornhak, Die Rechtsprechung des Kammergerichts, in verwaltungsrechtlichen Streitfragen. (Arch. f. öff. Recht Bd. V, S. 416).

Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914.

Bühler, Festgabe für Fleiner, 1927.

Danielcik, Grundgedanken des nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts, (JW. 1935, S. 328).

Drews, Preuß. Polizeirecht, 5. Aufl. 1936.

Dreyer, Gewerbefreiheit und Gemeindemonopole, Diss. Marburg 1930.

Falk, Polizeibegriff und Polizeigedanke im heutigen deutschen Staat. Diss. Leipzig, 1935.

Frank, Handbuch, 2. Aufl. 1935.

Frank-Himmler-Best-Höhn, Grundfragen der deutschen Polizei, ZAkDR. 1937, S. 376.

Franzen, Die Polizei im neuen Staat, Diss. Greifswald, 1935.

Giese, Die Grundrechte, 1905.

Göring, Vier-Jahresplan, Oktober 1937.

Grauert, Die Entwicklung des Polizeirechts im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1937, S. 966 ff.).

Hamel, Die Polizei im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1935, S. 326).

Hamel, Die Polizei im neuen Reich (DR. 1935, S. 412).

Hamel, Die Aufgaben der Polizei im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1936, S. 1465).

Hitler, Mein Kampf.

Höhn, Wohlfahrtspflege — Gefahrenabwehr — Öffentliche Ordnung. (DR. 1937, S. 121).

Höhn, Polizeirecht im Umbruch (DR. 1936, S. 128).

Huber, Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931. (Heft 85 von „Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart").

Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932.

Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte (Arch. f. öff. Recht Bd. 23, S. 38).

Knauth, Die Aufgaben der Polizei im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1936, S. 1205).

v. Köhler, Grundlagen des deutschen Verwaltungsrechts (Lehrbuch) 1935.

Kölble, Gelten die §§ 1 und 143 der GewO. noch? (JW. 1938, S. 2182).

Koellreutter, Grundriß der allgemeinen Staatslehre 1933.

Koellreutter, Deutsches Verwaltungsrecht, Lehrbuch 2. Aufl. 1938.

Krüger, Recht und Gesetz (Dt. Verw. 1937, S. 203).

Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 9. Aufl. 1938, 1. Bd.

Lauer, Die Polizei im nationalsozialistischen Staat, 1934.

v. Laun, Das Recht zum Gewerbebetrieb, 1908.

Lehmann, Der alte und der neue Polizeibegriff („Rechtswissenschaftl. Studien" 1937, Heft 63).

Maunz, Zeitschr. f. d. ges. Staatsrechtswissenschaft, Bd. 96, S. 71. Das Ende des subj. öfftl. Rechts.

Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934.
Meßbauer, Wie steht es mit der Gewerbefreiheit? Diss. Halle 1936.
Michel, Gewerberecht und Wirtschaftsrecht, ZAkDR. 1935, S. 735.
Oeschey, Über Gewerbefreiheit in der Gesetzgebung des Dritten Reichs, 1934.
Oesterle, Gewerbefreiheit und polizeiliche Betriebsverbote nach nationalsozialischer Rechtsanschauung (Die Polizei, 1937; 34. Jahrg. Nr. 13).
Reuss, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich (JW. 1935, S. 2026).
Rupp, Zur Frage der Gewerbefreiheit im heutigen Recht. RVBl. 1939, S. 653.
Schack, Die Generalermächtigung der Polizei im kommenden Recht (Dt. Polizeiarchiv 1935, S. 147).
Schack, Die Untersagung von Gewerbebetrieben im Lichte der neueren Rechtsprechung (zu §§ 1, 143 GewO.) RVBl. 1939, S. 323 ff.
Scheuner, Gewerbefreiheit und Polizeigewalt in der neuen Wirtschaftsordnung. Dt. Verw. Bl. 1936, S. 210.
Scheuner, Die Befugnis zur Gewerbeausübung in der heutigen Wirtschaftsordnung und ihre polizeilichen Schranken. (Zur Auslegung der §§ 1 und 143 GewO.). RVBl. 1939, S. 770.
Schmidt, Zielsetzung und Schranken der Polizeigewalt. RVBl. 1935, S. 833.
Schmidt, Polizeirecht im nationalsozialistischen Staat. Dt. Verw. 1937, S. 9.
Schmidt, Die geschichtliche Entwicklung der deutschen Polizei und ihre Stellung im nat. soz. Staate. (Arch. f. Polizeiwesen 1937, S. 61).
Schuster, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. Diss. Göttingen 1933
Seidler, Das Wesen der Gewerbefreiheit. Diss. Breslau 1926.
Tatarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht, 1934.

*__Hatschek,__ Lehrbuch des deutschen und preuß. Verwaltungsrechts. 7. und 8. Aufl. 1931.
*__Laband,__ Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. Bd. 3.

Lebenslauf.

Am 15. Dezember 1912 wurde ich als drittes von fünf Kindern des Fabrikbesitzers Karl Leibfried und seiner Ehefrau Emma geb. Metzger in Böblingen geboren. Ich besitze die Deutsche Staatsangehörigkeit.

In meinem Geburtsort besuchte ich die Volksschule und dann das Reformrealgymnasium, das ich im Frühjahr 1932 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Zum Studium der Rechtswissenschaft begab ich mich daraufhin an die Universität Tübingen, wo ich von SS. 1932 bis WS. 1933/34 verblieb. Im SS. 1934 studierte ich an der Universität Kiel und im WS 1934/35 und SS. 1935 an der Universität München. Nach weiteren 2 Semestern an der Universität Tübingen bestand ich am 10. Dezember 1936 vor der Justizprüfungsstelle Stuttgart die erste höhere Justizprüfung. Seit 1. Februar 1937 bin ich im Vorbereitungsdienst, den ich zur Anfertigung meiner Doktorarbeit einige Monate unterbrochen habe.

Herbert Leibfried.